Niessbrauch an einem Vermögen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Weinaug
Referendar aus Neustadt i. M.

AGAD
LUBD.BAT.
BIBL.

Rostock,
H. Winterberg's Buchdruckerei
1903.

Seinem lieben Vater

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0079

Benutzte Litteratur.

Cicero, Topica.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Herausgegeben von Kipp. 8. Aufl. 1900.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. 1886.

Böcking, Pandektengrundriss. 5. Aufl. 1861.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1873 fg.

Savigny, System des heutigen röm. Rechts. 8 Bde. Leipzig 1864.

v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gem. Zivilrechts 3. Ausgabe von Kuntze, Leipzig 1864.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1863 fg.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. 1843.

Wächter, Pandekten. Ausgabe von O. v. Wächter. Leipzig 1880, 1881.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Berlin 1901.

Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch 1880.

Stammler, Der Niessbrauch an Forderungen 1880.

Hanausek, Die Lehre von dem uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht. 1873.

Schuppe, Der Begriff des subj. Rechts. Breslau 1887.

Horn, Recht als Objekt des Pfandrechts. Teschen 1897.

Elvers, Servitutenlehre. Marbach 1856.

Mansbach, Niessbrauch an Forderungen. 1880.

Dunker, Bemerkungen über den Niessbrauch an Forderungen. Leipzig 1859.

Rohde, Zur Lehre vom ususfructus nominis. Greifswalder Diss. 1876.

Hartmann, Rechte an eigner Sache. Freiburg 1877.

Luden, Lehre von den Servituten. Gotha 1837.

Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Berlin 1893.

Birkmeyer, Über das Vermögen im jur. Sinne. Erlangen 1879.

Hoffmann, Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838.

Heymann, Niessbrauch an Forderungen. Erlanger Diss. 1896.

Neu, Ususfructus nominis. Berliner Diss. 1898.

Schönemann, Servituten. Leipzig 1866.

Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs. Leipzig 1873.

Steinberger, Über den ususfructus nominis. Giessen 1854.

Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II (1893).

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. 1876 fg.

Strauss, Niessbrauch an einem Vermögen. 1902.

Planck, Kommentar zum BGB.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900/01.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. 1903.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1900.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. 3. bis 5. Aufl. 1900.

Bendix, Deutsches Privatrecht Bd. 3. Breslau 1898.

Scherer, BGB. Bd. III. Erlangen 1900.

Fischer, Sammlung von Vorträgen Heft 3. Berlin 1896.

Meisner, BGB. Bd. 3. Breslau 1901.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Subj. Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Gierke, Entwurf eines BGB. Leipzig 1889.

Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch Bd. 2. 2. Aufl. 1903.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 3. 2. Aufl. 1903.

Stobbe-Lehmann, Handausgabe des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1896.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben I (1901) n. II (1903).

Lessing, Begrift der Rechtsnachfolge nach bürgerl. Recht. Berlin 1903.

Böhm, Das Erbrecht 1900. 2. Aufl.

Langfeld, Mecklenb. Ausführungsverordnungen 1899.
Cosack, Lehrb. des Handelsrechts 5. Aufl. 1900.
Staub, Kommentar zum Handelsrecht 6. u. 7. Aufl. 1900.
Lehmann-Ring, HGB. 1902.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1886 fg.
von Hahn, Kommentar zum DHGB. 4. Aufl.
Makower, HGB. 11. Aufl.
Düringer-Hachenburg, Das HGB. 1898 fg.
Seuffert, Kommentar zur CPO. 8. Aufl. 1901.
Gaupp-Stein, CPO. 4. Aufl. 1902.
Petersen. CPO. 4. Aufl. 1899/1901.
Struckmann-Koch, CPO. 7. u. 8. Aufl. 1901.
Jaeger, KO. Berlin 1901.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht 1900.
Fuchs, Grundbuchrecht 1900 fg.
Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung 1900.
Mecklenburgische Zeitschr. für Rechtspflege u. Rechtswissenschaft.
Goldschmidt's Zeitschr. für das ges. Handelsrecht.
Elvers Themis.
Kohler, Archiv für bürgerl. Recht.
Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung d. Oberlandesgerichte
Seuffert, Archiv für die Entscheidung der obersten Gerichtshöfe.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik.
Zeitschrift für den Zivilprozess von Busch.
Rehbein, Obertribunalsentscheidungen.
Grüchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Deutsche Juristenzeitung.

§ 1.

Die geschichtliche Entwickelung des Niessbrauchs.

Von den Servituten sind wohl am spätesten die sogenannten Personalservituten, deren wichtigste der usufructus ist, entstanden. Letzterer wird von Cicero[1] mehrfach als ein ganz bekanntes Rechtsinstitut erwähnt; er bestand zweifellos schon zu den Zeiten der alten republikanischen Juristen P. Scaevola und Manius Manilius, was aus der zwischen diesen gegen M. Brutus geführten Kontroverse, ob der partus ancillae zu den fructus gehöre, mithin an den Usufructuar falle oder nicht, erhellt. War diese Frage damals auch noch kontrovers, so ist hieraus doch nicht zu folgern, dass der usufructus erst damals aufgekommen sein kann. Gegen eine solche Annahme spricht insbesondere die sprachliche Bezeichnung »usufructus«. Denn solche Ausdrücke, wie usufructus, emptio venditio, dare facere, bonum aequum konnten sich wohl zu den Zeiten der oben erwähnten Juristen erhalten, wären aber zu diesen Zeiten nicht mehr aufgekommen. Sie sind vielmehr einer früheren Zeit eigentümlich. Ande-

[1]) Cicero Tap. 3.17; 4,21.

rerseits kann aber das Institut des ususfructus kaum schon zu einer Zeit bestanden haben, wo der Hausvater, dessen Frau in manu, dessen Kinder und Sklaven alles, was sie erwarben, der durch den paterfamilias vertretenen familia erwarben, wo es an das einzelne Individuum unlöslich geknüpfte Rechte, die mit dessen Tode untergehen, noch nicht gab, wo kurz der Begriff der alten familia pecuniaque noch in voller, unbeeinträchtigter Kraft stand. Das alte Recht kannte nur der familia als solcher dauernd dienende, vererbliche Rechte. Erst als infolge hellenistischer Einflüsse das Individuum nicht bloss als Glied der familia in Betracht kam, sondern der Familie gegenüber eine grössere Selbständigkeit erlangte, durch die Zunahme der Freilassungen, durch die Verbreitung der Ehen ohne manus eine Menge selbständiger Individuen geschaffen wurde, auch die Haussöhne eignes Vermögen erwerben konnten, war die Entstehung des ususfructus ermöglicht. Zu diesen Zeiten, etwa in der zweiten Hälfte des 5. Jahrhunderts a. u. muss der ususfructus rechtliche Sanktionierung erlangt haben.[2]

»Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia«[3] lautet die dem ganzen Rechtsinstitut zu Grunde liegende Legaldefinition. Der ususfructus ist demnach bei restriktiver Interpretation der Worte »ius utendi fruendi« das an eine Person geknüpfte dingliche Recht, eine fremde körperliche Sache

[2]) Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II (1893) S. 533 fg.
[3]) Pr. J. 2,4; l. 1 D. de usufructu 7,1.

unter Wahrung ihrer Substanz zu gebrauchen und zu nutzen. Aus dieser Quellendefinition ergiebt sich, dass im älteren römischen Recht nur an einer bestimmten Kategorie von Sachen, nämlich den unverbrauchbaren ein Niessbrauch bestellt werden konnte; denn nur diese lassen ein Gebrauchen und Nutzen »salva rerum substantia« zu. Sobald nun der Verkehr sich zu einem internationalen Handelsverkehr entwickelte, das gemünzte Geld die bisherigen Werte ersetzte, neben den Immobilienbesitz der Kapitalienbesitz trat, was den Forderungen in ihrer Eigenschaft als Vermögensstücke eine grössere Bedeutung verlieh, machte sich die Beschränkung des Niessbrauches auf unverbrauchbare Sachen sehr fühlbar und konnte das Institut den Verkehrsbedürfnissen nicht mehr entsprechen. Wurde beispielsweise der Niessbrauch an einem Vermögen vermacht, das vielleicht grösstenteils aus Konsumptibilien und Forderungen bestand, so konnten der Legaldefinition gemäss nur die wenigen unverbrauchbaren Sachen dem Niessbrauch unterliegen, während die Konsumptibilien und Rechte, die doch ebenfalls ein Gebrauchen und Nutzen, wenn auch nicht »salva rerum substantia«, zulassen, ausscheiden mussten. Aus diesen Gründen bedurfte es dringend einer Erweiterung des bisher so engen Niessbrauchsbegriffes. Letztere ist denn auch utilitatis causa[4] durch ein sowohl der Zeit wie dem Namen nach unbekanntes Senatuskonsultum erfolgt.

[4]) J. 2,4 § 2.

Was den Zeitpunkt der Entstehung dieses für die Folgezeit so bedeutenden Senatuskonsultum anbetrifft, so kann es sich, solange uns nicht anderes Quellenmaterial als das bisherige zur Verfügung steht, lediglich um Vermutungen handeln. Darüber stimmen jedoch fast alle Schriftsteller, die sich mit der Frage nach der Entstehungszeit des Senatuskonsultum beschäftigt haben, überein, dass dasselbe nicht vor Cicero und nicht nach Tiberius entstanden sein kann: vor Cicero nicht, weil die Stelle aus Topica cap. III § 17[5] dagegen sprechen würde, nach der Zeit des Tiberius nicht, da die beiden Juristen Sabinus und Nerva, welche uns die erste Nachricht von demselben geben, zur Zeit des Kaisers Tiberius tätig gewesen sind. Wann aber innerhalb dieser Periode von Cicero bis Tiberius das Senatuskonsultum entstanden ist, darüber gehen die Meinungen wieder weit auseinander. Die meisten entscheiden sich für die Zeit des Augustus, und zwar stützen sie sich auf die lex Julia et Papia Poppaea, die bekanntlich in ihrer lex decimaria bestimmt, dass kinderlose Ehegatten nur $^1/_{10}$ ihres Vermögens von einander zu Eigentum und ausserdem höchstens $^1/_2$ ihres Vermögens zu Niessbrauch erwerben dürften. Diese gesetzliche Bestimmung habe die Einführung des Senatuskonsultum vernotwendigt. Gegen diese Ansicht polemisiert Bürkel und folgert gerade aus der lex Julia

[5]) Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et olearis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est. Ca sunt inter se contraria.

et Papia Poppaea, dass das Senatuskonsultum schon früher vorhanden gewesen sein muss. Denn Jurisprudenz und Praxis hätten, falls der uneigentliche Niessbrauch nicht schon eingeführt gewesen wäre, nicht zögern dürfen, in der fraglichen Bestimmung die Verleihung der Niessbrauchsfähigkeit an alle Vermögensgegenstände zu erblicken.

Von weit grösserer Bedeutung als die soeben ventilierte Frage ist diejenige, welchen Einfluss der Senatsbeschluss auf das bestehende Recht gehabt hat. Während nach älterem Recht nur Inconsumptibilier Gegenstand des Niessbrauchs sein konnten, nimmt der Senat in dem fraglichen Senatuskonsultum einen anderen Standpunkt ein. »Senatus censuit, ut omnium rerum, quae in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.«[6]

Nach Ansicht des Senats kann also an »omnes res, quae in patrimonio sunt« ein Niessbrauch bestellt werden, mithin, wie Ulpian richtig folgert, auch an verbrauchbaren Sachen. »Quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari.«[7] Aber auch an Rechten war von jetzt an ein Niessbrauch ermöglicht, insbesondere also an Forderungen. Denn zu einem Vermögen können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte gehören. Diese Konsequenz ist freiltch anfangs nicht von allen Juristen gezogen worden, was aus der l 3 D. 7,5 erhellt, wo es heisst: »post quod omnium

[6]) l. 1 D. 7,5.
[7]) l. 1 D. 7,5.

rerum ususfructus legari poterit; an et nominum? Nerva negavit; sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras.« Während also die Frage von Ulpian, aus dessen Schriften die Stelle entnommen ist, in Übereinstimmung mit Cassius und Proculus bejaht wird, wird sie von Nerva — von der einen Ausnahme abgesehen — verneint. Letzteren wird wohl die römische Auffassung von der Obligation, nach welcher dieselbe ein den Subjekten nach streng geschlossenes Verhältnis zwischen einem bestimmten Gläubiger und Schuldner ist, zur Verneinung der Frage veranlasst haben. Erstere haben sich auf den Wortlaut des Senatuskonsultum gestützt. Die Ansicht Ulpians wird bestätigt durch l 24 D 33,2 und l 1 C 3,33. Sie hat immermehr Eingang gefunden, und bereits im dritten Jahrhundert war sie allgemein anerkannt. Wir haben also jetzt neben dem Ususfruct an unverbrauchbaren Sachen den an verbrauchbaren und an Rechten. Ersterer wurde nunmehr von den Römern ihrem konservativen Sinne entsprechend als verus ususfructus, letzterer als quasi ususfructus bezeichnet.

Wie das spätere römische und das gemeine Recht, so anerkennt auch das BGB. neben dem Niessbrauch an unverbrauchbaren Sachen den an verbrauchbaren und an Rechten. Ist mithin der Niessbrauch an einem Vermögen zu bestellen, so ist derselbe nicht, wie nach dem früheren römischen Rechte nur an den unverbrauchbaren Sachen, sondern auch an den zu dem

Vermögen gehörenden verbrauchbaren Sachen und Rechten zu bestellen.

Während das BGB. mit Recht in dieser Beziehung dem gemeinen Rechte gefolgt ist, hat es die gemeinrechtliche cautio usufructuaria nicht rezipiert. Der Niessbraucher hat also nach neuem Rechte gesetzlich keine Kaution zu leisten; die Kautionspflicht tritt vielmehr nur ein, wenn dieselbe rechtsgeschäftlich verfügt ist. Auch die gemeinrechtliche Ersitzung des Niessbrauches ist, von Mobilien abgesehen, als Entstehungsgrund fortgefallen. Dagegen ist die Inventarpflicht beibehalten, jedoch geändert.

§ 2.

Der Begriff des Vermögens.[1]

Das BGB., das im Allgemeinen davon absieht, selbst Definitionen zu geben, vielmehr es der Wissenschaft überlassen hat, aus seinen gesetzlichen Vorschriften die Bestimmung der einzelnen Begriffe herzuleiten, bringt denn auch eine Definition des Vermögens nicht. Auch in den Motiven ist eine solche nicht enthalten.[2] Es ist mithin bei den gemeinrechtlichen Kontroversen geblieben, und aus diesem Grunde vernotwendigt es sich, etwas näher auf den Vermögensbegriff einzugehen.

---

[1]) Strauss, Niessbrauch an einem Vermögen S. 3—9.

[2]) Denn in Bd. 3 S. 30 der Motive heisst es: »was das Vermögen selbst betrifft, so ist der Begriff desselben als bekannt vorauszusetzen, eine Definition daher entbehrlich.«

[3]) Savigny, System des heutigen röm. Rechts Bd. 1 S. 340 Anm. 6.

Die Bemerkung Savigny's[3] »Die deutsche Bezeichnung (des Vermögens) ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das, was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen« ist zwar sehr anschaulich, indessen nicht ganz richtig. Auch die Eltern haben eine Macht über ihre Kinder, doch ist die elterliche Gewalt deswegen noch kein Vermögensrecht. Ferner können wir durch Geist und Energie viel vermögen, doch auch hier können wir nicht von einem Vermögensbestandteil sprechen. Das Vermögen ist eben nicht jede Macht, sondern eine ganz bestimmte Macht, nämlich die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person.[4]

Zu den Vermögensrechten gehören ihrer Natur nach vor allem die Sachenrechte, die dem Berechtigten unmittelbare rechtliche Herrschaft an einer Sache gewähren.

Den Sachenrechten verwandt ist der Komplex derjenigen Rechte, welche zu ihrem Gegenstande nicht Stücke der realen Welt, sondern immaterielle Güter haben, die durch den Willen und die Tätigkeit des Urhebers geschaffen sind. Hierher gehören die Rechte

[4]) Dernburg, Pandekten Bd. 1, §. 22 Nach dieser Definition ist es nicht richtig, wenn man sagt, das Vermögen bestehe aus Sachen und Rechten. Es ist jedoch ein sehr gewöhnlicher, dem Leben entstammender, aber vom Rechte anerkannter Sprachgebrauch, statt des Eigentumsrechtes gleich den Gegenstand desselben zu nennen. Siehe Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 42 S. 153.

an Schriftwerken, Abbildungen, Werken der bildenden Kunst, Erfindungen etc. Auch sie gehören wie die Sachenrechte zu den Vermögensrechten.[5] Während früher der Urheber über seine Erzeugnisse lediglich eine tatsächliche Herrschaft hatte, welche nur zufolge eines durch die Willkür der Staatsgewalt erteilten Privilegs oder der unverdenklichen, ausschliesslichen Ausübung zu einer rechtlichen erhoben wurde, hat das moderne Recht diese tatsächliche Herrschaft zu einer rechtlichen gestaltet, dem Autor das Recht der ausschliesslichen Verfügung über sein Werk verliehen. Der Schriftsteller ist gegen Nachdruck, der Musiker gegen unbefugte Aufführung, der bildende Künstler gegen unberechtigte Nachbildung seiner Werke, der Fabrikant gegen Nachahmung der von ihm geschaffenen Muster und Modelle der Erfinder gegen die unbefugte Ausnützung der patentierten Erfindungen durch andere geschützt. Zur Begründung eines subjektiven Rechtes an den Werken bedarf es jetzt nicht mehr des speziellen Willens der Staatsgewalt, vielmehr bestimmt eine Rechsnorm ein für alle Mal, wann das Werk zum Rechtsobjekt wird und inwieweit der Urheber das ausschliessliche Herrschaftsrecht über dasselbe erlangt. Zum Teil ist das subjektive Recht des Urhebers unmiftelbare Folge seiner schöpferischen Tätigkeit, zum Teil müssen noch weitere Voraussetzungen gegeben sein, um dies Recht zur Entstehung zu bringen. Wie die Sachenrechte gewähren auch die Immaterialgüterrechte im Gegensatz zu den Obligationen eine Herrschaft über ein

[5]) Matthiass, Lehrb. d. b. R. Bd. 1 § 17 S. 57.

Rechtsobjekt, die von jedem anerkannt werden muss.[6]

Auch die Forderungsrechte sind regelmässig[7] Vermögensrechte. Diese sind allerdings grösstenteils erst auf Leistung von Vermögenswerten gerichtet. Da sie aber einen rechtlichen Schutz geniessen, gehören sie bereits zu den geldwerten Gütern, vermehren sie schon vor ihrer Realisierung das Vermögen des Gläubigers.[8]

Die Familienrechte als solche sind zwar keine Vermögensrechte, wohl aber haben häufiger die familienrechtlichen Verhältnisse solche zur Folge, wie z. B. die väterliche Nutzniessung nach BGB. 1649 fg., den Anspruch auf Aussteuer nach 1620 fg., das Unterhaltsrecht nach 1601 fg.

Keine Vermögensbestandteile sind rein tatsächliche Beziehungen, wie z. B. die Kundschaft, die Geheimnisse, das Alter und der Ruf eines Geschäftes (sogen. Chancen.) Dieselben können zwar verkauft und veräussert werden;[9] aus ihrer Veräusserungsfähigkeit folgt indessen nicht, dass sie Objekt eines subjektiven Rechtes sind, dass sie in das Vermögen des Erwerbers fallen, dieser eine

---

[6]) Stobbe - Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts 3. Bd. 2. Aufl. (1885) S. 1 fg.

[7]) Die Obligationen brauchen zwar nach BGB. nicht unbedingt einen Vermögenswert zu haben (Motive II S. 5), immerhin werden Forderungen ohne Vermögenswert selten vorkommen.

[8]) Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 22 S. 48.

[9]) Planck, Kommentar zum BGB. II S. 433 Bem. 3; Dernburg, Bürgerliches Recht 2. Aufl. Bd. 2 § 168 S. 6. Beckmann Kauf Bd. 2 S. 140 sieht in diesen Gütern keine Verkaufsgegenstände, aber er erkennt an, dass sie veräussert werden können.

rechtlich geschützte Position erlangt. Denn nach dem BGB. müssen Gegenstand des Kaufes nicht notwendig Sachen oder Rechte sein.[10] Auch aus dem Umstande, dass die Chancen zum Geschäft gehören[11], ist nicht zu entnehmen, dass sie Bestandteile des Geschäftsvermögens sind. Eine solche Folgerung könnte nur dann richtig sein, wenn Geschäft dasselbe wie Geschäftsvermögen ist. Letzteres wird allerdings von vielen angenommen. So heisst es z. B. bei Lehmann-Ring[12] »Handelsgeschäft im weitesten Sinne ist soviel wie Handelsvermögen.« Wie nach Lehmann-Ring, so ist auch nach Behrend[13] und von Hahn[14] Geschäft und Geschäftsvermögen identisch. Diese Auffassung können wir indessen nicht teilen. U. E. ist das Geschäft eines Kaufmanns vielmehr die »Gelegenheit und Veranstaltung zum Zweck des kaufmännischen Gewerbebetriebes.«[15] Es ist nicht »die Summe der durch den Handel begründeten oder ihm gewidmeten

[10]) Planck a. a. O. I. S. 433 Bem. 3, Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 168 S. 6; Binder, Rechtsstellung des Erben I (1900) S. 33 Bezüglich des gemeinen Rechts vergl. Dernburg, Pandekten 6. Aufl. (1900) 2. Bd. § 94 S. 255.

[11]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 5. Aufl. § 14 S. 66; Staub, Kommentar zum HGB. 6. und 7. Aufl. Anm. 2 zu § 22; Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch (1902) Nr. 2 zu § 25.

[12]) Lehmann-Ring a. a. O. Nr. 2 zu § 25.

[13]) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1886 fg. S. 202,203.

[14]) von Hahn, Kommentar zum D. HGB. 4. Aufl. zu Art. 22 § 2.

[15]) Binder, Rechtsstellung des Erben I S. 32; Goldschmidts Z. f. HR. XIV S. 12, VIII S. 646, XXIV S. 118 fg.; Elvers Themis I S. 522, 523; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 399 fg.

Rechtsverhältnisse«[16], sondern ein rein tatsächlicher Begriff. Dass die Geschäftsforderungen, die einen wichtigen Bestandteil des Geschäftsvermögens bilden, nicht zum Handelsgeschäft gehören, ist aus der Fassung des § 25 HGB. zu entnehmen.[17] Dass sie wenigstens nicht notwendig zum Handelsgeschäfte gehören, wird selbst von den Gegnern der von uns vertretenen Auffassung anerkannt.[18] Was von den Forderungen gilt, das muss auch von den übrigen Bestandteilen des Handelsvermögens gelten. Auch sie gehören nicht zum Handelsgeschäfte und gehen daher wie die Forderungen nicht ohne Weiteres auf den Erwerber über. Für das Gegenteil findet sich ein Anhaltspunkt im Gesetze nicht. Da die Veräusserung des Geschäftes eben Veräusserung des Geschäftsbetriebes und nicht des Geschäftsvermögens ist[19], so findet ein Übergang des Vermögens nur dann statt, wenn ein solcher besonders vereinbart ist oder sich aus den Umständen des einzelnen Falles ergiebt. Wenn z. B. jemand, der bisher eine blühende Handlung betrieben hat, sich zur Ruhe setzen wollte und einem andern verspräche, ihm dieselbe zu übertragen, so wird man doch nicht ohne Weiteres annehmen können, dass das gesamte Vermögen, womit das Geschäft betrieben, auf den andern übertragen werden solle.[20] »Jene (die Forderungen) samt dem sonstigen

[16]) Siehe die bei Binder a. a. O. unter Anm. 139 S. 31 u. 32 Citierten.

[17]) Binder a. a. O. S. 32 u. 33.

[18]) Lehmann-Ring a. a. O. S. 94 Nr. 12. [19]) Binder a. a. O. S. 33. [20]) Vergl. den Anonymus in Elvers Themis I S. 523.

in der Handlung steckenden Kapital machen vielleicht bis auf Weniges sein ganzes Vermögen aus (denn aktive Kaufleute, wenn sie nicht etwa ungewöhnlich reich sind und so ihre Kapitalien auch noch auf andere Weise plaziert haben, glauben dieses nicht besser, als gerade im Handel nutzbar machen zu können). Es müssen daher nach allgemeinen Grundsätzen durchaus stringente und keiner andern Auslegung fähige Argumente beigebracht werden, um zu folgern, er habe diese ihm zustehenden Forderungen (und das übrige Geschäftsvermögen) für sich aufgegeben und sie einem Andern überlassen. Unmöglich aber kann man diese in dem einzigen Umstande finden, dass er sich aus dem Geschäfte zurückzieht und die Fortsetzung einem Anderen überlässt. Schon der Ausdruck Fortsetzung deutet ja nur auf ein Verhältnis für die Zukunft.«[21] Dem Erwerber des Geschäftes ist in erster Linie daran gelegen, dass der bisherige Geschäftsinhaber zurücktritt, diese Art der Geschäfte aufgiebt, ihn bei den Handelsfreunden empfiehlt, das genossene Vertrauen auf ihn zu übertragen bittet, die Verbindungen und die Kundschaft ihm erhält. Dass gerade das in der Handlung roulierende Kapital an Waren, Forderungen u. s. w., das doch jedenfalls nach der Bilanz dem bisherigen Inhaber zu vergüten wäre, auf den Erwerber zu übertragen ist, wird vielfach den Absichten und den Interessen der Parteien widersprechen.[22] Es kann z. B.

[21]) Vergl. den Anonymus in Elvers Themis I S. 521 und 522.

[22]) Elvers Themis I S. 522.

vorkommen, dass der bisherige Geschäftsinhaber ein gleiches Geschäft an einem andern Orte mit demselben Geschäftsvermögen betreiben will. Dem Erwerber wird andererseits vielfach nichts daran liegen, das Geschäftsvermögen, das er zu vergüten hätte, zu erhalten. Es kann z. B. das ganze Geschäftsvermögen nur aus Waren bestehen, die wenig absatzfähig und daher für den Erwerber ziemlich wertlos sind. Sollte deshalb nun, weil das Geschäftsvermögen nicht mit übertragen werden soll, eine Veräusserung des Geschäftes ausgeschlossen sein? Dies dürfte doch wohl den Gebräuchen der Handelswelt und der dort herrschenden Auffassung widersprechen, findet auch im Gesetze eine Stütze nicht. Da es nur darauf ankommt, dass die Kontinuität des Geschäftsbetriebes bewahrt bleibt,[23] so kann auch das Geschäft ohne jegliches Geschäftsvermögen veräussert werden;[24] denn, wie bereits oben bemerkt, ist die Veräusserung des Geschäftes Veräusserung des Geschäftsbetriebes. Zu welch bedenklichen Konsequenzen man gelangen muss, wenn man Geschäft und Geschäftsvermögen identifiziert, lehrt z. B. folgender Fall. Ein tätiger Kaufmann, dessen Vermögen zum grössten Teil im Handel roulliert, vermacht einem seiner Söhne, der sich dem Handelsstande gewidmet hat, sein Geschäft. Deckt sich nun Geschäft und Geschäftsvermögen, so ist man gezwungen, anzunehmen, dass das ganze Geschäftsvermögen auf den Legatar übergehen soll. Dies dürfte indessen schwerlich mit der Absicht

[23]) RGE. XXV S. 3.
[24]) RGE. XXXVII S. 178.

des Vermächtnisgebers in Einklang zu bringen sein.[25] Unserer Auffassung nach ist also das Handelsgeschäft »die Gelegenheit und Veranstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbebetriebes« und ist demnach nicht mit Geschäftsvermögen identisch. Es kann zwar einem Zweifel nicht unterliegen, dass bei der Veräusserung einzelner Geschäfte gewisse Aktiva übergeben müssen, z. B. Übertragung des Fabrikgebäudes bei einer Fabrik, Überlassung des Ladens bei einem an die Gegend gebundenen Gnschäfte, Übergabe des Eisenbahnkörpers bei einer Eisenbshn. Begrifflich notwendig aber ist der Übergang von Aktivis bei Geschäftsveräusserungen nicht;[26] der Übergang von Aktivis findet hier seine Erklärung in den Umständen des einzelnen Falles. Das HGB. spricht ferner in § 22 Abs. 2 von der Übernahme des Geschäftes auf Grund eines Niessbrauches. Da letzterer nur an Sachen und Rechten möglich ist, so würde man, falls vom Gesetze der Niessbrauch an einem Handelsgeschäfte für zulässig erklärt ist, annehmen müssen, dass wenigstens bei dem Niessbrauch an einem Handelsgeschäfte Geschäft und Geschäftsvermögen identische Begriffe sind. Von dem Niessbrauche an einem Handelsgeschäfte ist indessen an keiner Stelle des Gesetzes die Rede. So heisst es dann auch im § 22 Abs. 2 HGB. nicht »wird der Niessbrauch an einem Handelsgeschäfte bestellt«, sondern vielmehr »wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Niess-

[25]) Elvers Themis I S. 532.

[26]) Simon, Haftung des Übernehmers für Handelsschulden in Z. f. HR. Bd. 24 S. 121.

brauches übernommen.« Dass »Niessbrauch an einem Handelsgeschäft« mit »Übernahme des Geschäftes auf Grund eines Niessbrauches« nicht gleichbedeutend ist, liegt auf der Hand. Wenn endlich das Handelsgeschäft als solches dem Konkursbeschlag unterliegt, so dürfte hierin eine Reminiszenz aus dem gemeinen Konkursprozess, aber eine Prinzipwidrigkeit gegenüber dem § 1 KO. zu erblicken sein.[27] Ist nun aber Geschäft und Geschäftsvermögen nicht dasselbe, so kann auch aus der Zugehörigkeit der Chancen zum Geschäft nicht gefolgert werden, dass sie Bestandteile des Geschäftsvermögens sind.[28] Wäre Geschäft und Geschäftsvermögen gleichbedeutend, und wären die Chancen Vermögensbestandteile, so müsste doch auch der Erwerber an denselben ein subjektives Recht erlangt haben. Dass ihm aber ein solches zusteht, wird man wohl kaum behaupten können. Denn während nach dem älteren gemeinen Rechte die Ausübung des Handels noch einer Konzession bedurfte, dem Kaufmann gegen den nicht konzessionierten Konkurrenten ein ius prohibendi zustand, gilt jetzt das Prinzip der Handelsfreiheit. Jeder kann an jedem Orte ohne Rücksicht auf die Konkurrenz ein Handelsgewerbe betreiben. So wenig der Veräusserer selbst an den Chancen ein Recht hatte,

[27]) Binder, Rechtsstellung des Erben I S. 35.

[28]) Lehmann (-Ring), der, wie oben bemerkt, Handelsgeschäft im weitesten Sinne und Handelsvermögen identifiziert, sagt a. a. O. S. 90: »Endlich gehören zu den Aktivis (des Geschäftes) faktische Beziehungen von Vermögenswert, wie Kundschaft, Geschäftsgeheimnisse, Alter und Renommee des Geschäfts (sog. Chancen). Sie können wichtiger sein als die übrigen Aktiva«.

so wenig hat auch der Erwerber des Geschäftes ein solches erlangt. Es steht ihm nicht einmal gegen den Veräusserer ohne Weiteres ein Recht auf Unterlassung der Konkurrenz zu.[29] Hat aber der Geschäftsinhaber an den Chancen ein subjektives Recht nicht so können dieselben auch nicht Vermögensbestandteile sein. Denn das Vermögen ist nach herrschender Ansicht ein Inbegriff von Rechten, und nur von Rechten. Wie die Chancen des Geschäfts, so ist das Geschäft selbst, wie wir oben gesehen haben, rein tatsächlicher Begriff. Es ist nicht dasselbe wie ein das Geschäftsvermögen, ist auch nicht ein Bestandteil des Vermögens des Inhabers. Nach BGB. 1655 gehört zwar das Erwerbsgeschäft zum Vermögen des Geschäftsinhabers und nach § 27 HGB. das Handelsgeschäft zum Nachlasse. Diese Zugehörigkeit ist aber eine rein tatsächliche; in rechtlichen Beziehungen steht der Inhaber zum Geschäfte nicht. Es gehört zwar zum Vermögen, aber nicht in dem Sinne, dass es auch Vermögensbestandteil ist.

Sehr bestritten ist endlich die Frage, ob auch die Schulden Bestandteile des Vermögens sind oder ob sie dasselbe nur belasten. Im gemeinen Recht hat sich die herrschende Ansicht dahin entschieden, dass die Schulden einer Person zu deren Vermögen gehören.[30] Auf den entgegengesetzten Standpunkt hat sich insbesondere Birkmeyer[31] gestellt. Erstere Ansicht ist für

[29]) Binder, Rechtsstellung des Erben I S. 33 u. 34.
[30]) Windscheid, Pand. I § 42 Note 3; Dernburg, Pand. I § 22 Anm. 6.
[31]) Birkmeyer, Über das Vermögen im jurist. Sinne 1879.

das Reichsrecht von Planck,[32] Matthiass,[33] Crome,[34] Cosack,[35] Lessing,[36] letztere insbesondere von Birkmeyer[37], Hellwig[38] und Binder[39] vertreten.

U. E. sind nach dem BGB. die Verbindlichkeiten als auf dem Vermögen ruhende Lasten und nicht als Bestandteil des Vermögens anzusehen; dies geht aus verschiedenen Stellen des Gesetzbuches zur Genüge hervor. Wird z. B. das gesammte gegenwärtige Vermögen einer Person durch Vertrag auf einen andern übertragen, so können die Gläubiger des Übertragenden kraft positiver Rechtsvorschrift (BGB. 311, 419) ihre Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Würden nun die Schulden zum Vermögen gehören, so wäre die gesetzliche Bestimmung überflüssig, da ja alsdann die Schulden ohne weiteres als Bestandteile des Vermögens mit diesem auf den Übernehmer übergehen würden. Das Gesellschaftsvermögen ist gleichfalls nur eine Summe von Rechten. Denn nach BGB. 719, 720 wird es gebildet aus den Beiträgen der Gesellschafter und den für die Gesellschaft erworbenen

[32]) Planck, Kommentar V § 1922, 2a.
[33]) Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I § 45, 3.
[34]) Crome, System § 71; 6.
[35]) Cosack, BGB. § 49, 3b.
[36]) Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerl. Recht 1903.
[37]) [illegible] in Mecklenb. Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 7 S. 222fg.
[38]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 310.
[39]) Binder, Rechtsstellung des Erben I S. 1fg.

Gegenständen, sowie den dafür eintretenden Ersatzwerten Das Gesellschaftsvermögen soll ferner »erhalten« werden, was doch nur für die Aktiva in Frage kommen kann. Dass bei dem Niessbrauch an einem Vermögen letzteres nur als Inbegriff von Rechten, nicht aber von Rechten und Verbindlichkeiten gedacht werden kann, ist mit Notwendigkeit aus der Natur des Niessbrauches zu folgern; denn ein Niessbrauch ist an den Schulden des Bestellers nicht möglich, da diese ein Gebrauchen und Nutzen nicht zulassen. Nach BGB. 1415 fallen ferner die dort aufgeführten Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zu einander dem Vorbehaltsgut (einem Sondervermögen) der Frau zur Last.[40] Wie das Vermögen eines Lebenden, so besteht nach BGB. auch das von einem Verstorbenen hinterlassene Vermögen, dessen Erbschaft, lediglich aus Rechten. Erbschaft und Nachlass sind identische Begriffe, sie sind das vererbte oder nachgelassene Aktivvermögen.[41] Würde die Erbschaft auch die Passiva mitumfassen, so hätte es der Bestimmung in BGB. 1967 nicht bedurft, nach welcher der Erbe für die Nachlassverbindlichkeiten haftet. Denn diese Haftung würde sich dann schon aus BGB. 1922[42]

[40]) Binder a. a. O. S 14 fg.

[41]) Binder a. a. O. S. 11 fg.; Böhm, Das Erbrecht 1900 S. 7 n. 3. m. Litt.

[42]) Lessing a. a. O. S. 77 meint, hieraus könne nicht gefolgert werden, dass die Schulden nur Lasten des Vermögens seien. Auch wenn die Verbindlichkeiten das Vermögen nur belasten, würden dieselben in Ermangelung der Bestimmung des § 1967 BGB. trotzdem nach dem Satze »res transit cum sua causa« auf den Erben übergehen müssen.

ergeben, welcher lautet: »Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.« Die in BGB. 1967 statuierte Nachfolge in die Verbindlichkeiten erfolgt zwar um der Erbfolge willen, gehört aber zur Erbfolge selbst nicht. Neben der Succession in die Rechte (Erbschaft) haben wir vielmehr eine selbständige Nachfolge in die Verbindlichkeiten. Gerade weil man die Schulden nicht als Bestandteile, sondern vielmehr als Belastungen des Vermögens betrachtete, hat man dem § 1967 BGB. seine jetzige Fassung gegeben.[43]

Ist nun aber das Vermögen in den angezogenen Beispielen nur Inbegriff von Rechten, so werden auch in den übrigen Fällen die Verbindlichkeiten nicht Bestandteile des Vermögens bilden können, da es inkonsequent wäre, wenn der Gesetzgeber innerhalb der nämlichen Zivilrechtsordnung einen Begriff bald in diesem bald in jenem Sinne auffassen würde. Das Vermögen ist also nach BGB. als die Summe der geldwerten Rechte, nicht aber auch der Verbindlichkeiten zu definieren. Das Vermögen ist eine Macht, die Schulden aber sind das Gegenteil davon.[44]

Das Vermögen ist, wie wir gesehen haben, die Gesamtheit der einer Person zustehenden geldwerten

[43]) Protokolle V S. 650, Binder a. a. O. S. 10: »Man wird daher kaum behaupten können, eine Entscheidung der Streitfrage, ob die Schulden einen Bestandteil des Vermögens bilden, habe § 1967 nicht treffen sollen.« A. M. Planck V Bem. 1 a zu § 1967 (S. 69).

[44]) Binder a. a. O. S. 20.

Rechte. Ist es nun lediglich Kollektivbezeichnung? Gelten demnach für dasselbe die gleichen Grundsätze wie hinsichtlich seiner Teile? Oder hat es ein eigenes, von dem seiner Bestandteile verschiedenes einheitliches rechtliches Schicksal? Nach der im gemeinen Recht herrschenden Doktrin tritt uns das Vermögen teils als Einheit entgegen, ist als solches Gegenstand des Rechtes, teils ist es demselben Schicksal wie dem seiner Bestandteile unterworfen. Handelt es sich nämlich um Rechtsgeschäfte über das Vermögen eines Lebenden z. B. eine donatio oder veditio omnium bonorum, so liegt nach der herrschenden Ansicht eine Einheit für das Recht nicht vor, stehen vielmehr lediglich die einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Rechte in Frage, denn bei seinen Lebzeiten habe man das Vermögen nicht als universitas, sondern nur in seinen einzelnen Teilen. Bei einer Verfügung von Todeswegen hingegen übernehme der Erbe die hereditas im objektiven Sinne als Einheit, sie sei die universitas bonorum defuncti, und erst durch diese universitas erlange der Erbe die einzelnen Vermögensrechte. Mit Recht hat Brinz[45] gegen diese Ansicht geltend gemacht, dass, wenn der Erblasser sein Vermögen nur in dessen Teilen habe, dasselbe auch nur in seinen Teilen auf den Erben übergehen könne. Die Unterscheidung der herrschenden Ansicht sei daher unrichtig. Nach Brinz ist das Vermögen stets nur ein Komplex von Rechten, nie eine Einheit. Eine eingehende Prüfung des Vermögens-

[45]) Brinz, Pandekten 1. Aufl. 2. Abt. § 150 fg.

begriffes finden wir bei Birkmeyer.[16] Derselbe stimmt zwar mit Brinz darüber überein, dass das Vermögen einer Person nur so, wie sie es gehabt habe, auf einen andern übergehen könne, gelangt aber nicht zu demselben Resultat wie Brinz, indem er den Untersatz aufstellt: »Der Vermögensinhaber hat sein Vermögen zugleich in seinen Bestandteilen und als Gesamtheit.« Das Vermögen ist nach ihm zugleich die Vielheit und die Einheit seiner Bestandteile.[17] Als letztere trete es uns nicht nur bei Universalsuccessionen, sondern bei allen Rechtsgeschäften entgegen. Diese Einheit springe zwar anfangs noch nicht so sehr in die Augen, erst bei der Universalsuccession trete sie deutlicher hervor. Doch schon beim bisherigen Inhaber zeige sie sich, insbesondere, wenn Schulden kontrahiert würden. 'Das Vermögen sei als Einheit zunächst Gegenstand des Rechtes der Gläubiger geworden durch den Satz der lex Poetelia: bona creditoribus obnoxia sunto. Doch es habe der Vermögensinhaber sein Vermögen nicht nur, um es zu verschulden, als Einheit; auch in den Fällen, wo jemand direkt über sein Vermögen unter Lebenden verfüge, trete die Einheitsnatur des Vermögens zu Tage, so bei der Schenkung und der Verpfändung des ganzen Vermögens, bei der societas omnium bonorum und dem Verkauf des ganzen Vermögens.

Diese Auffassung Birkmeyers ist für das BGB. die zutreffendste. Das Gesetz operiert vielfach mit dem

[16]) Birkmeyer, »Das Vermögen im juristischen Sinne.

[17]) Birkmeyer a. a. O. S. 35.

Vermögensbegriffe. Wir finden ihn in den §§ 45, 88, 310, 311, 330, 419, 1085 etc. des BGB. Neben dem Vermögen als Ganzem begegnen wir im Gesetze an mehreren Stellen dem Sondervermögen. Dies ist ein aus dem Gesamtvermögen einer Person ausgeschiedenes Vermögen, das einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegt. Ein Sondervermögen ist beispielsweise das Gesellschaftsvermögen in § 718, das Eingebrachte und das Vorbehaltsgut der Ehefrau in den §§ 1363, 1365, das Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft in § 1438. Auch nach BGB. ist das Vermögen nicht lediglich Kollektivbezeichnung, sondern, wie Birkmeyer bereits für das gemeine Recht dargethan hat, zugleich Vielheit und Einheit. Auch hier steht die Vielheit im Vordergrund, doch auch die Einheitsnatur des Vermögens tritt deutlich hervor. Denn das Vermögen als Ganzes als auch das Sondervermögen ist materiell rechtlich und processualisch in mancher Beziehung einem andern Schicksal unterworfen als die einzelnen Bestandteile, aus denen es besteht. So gilt beispielsweise für die meisten Vermögenskomplexe der Satz »pretium succedit in locum rei et res in locum pretii.« Was durch Aufopferung von Vermögensgegenständen erworben wird, gehört wieder dem Vermögen an. Dieser Grundsatz gilt u. a. im Verhältnis des Vorerben zum Nacherben (BGB. 2111) und in Bezug auf das Ehegattenvermögen, was das Verhältnis zwischen Vorbehaltsgut und eingebrachten Vermögen und was das Verhältnis zwischen Sonder- und Gesamtgut betrifft (BGB. 1370, 1473, 1524). So ergiebt sich weiter aus der Übernahme eines Vermögens unter Lebenden

(BGB. 419), von Todeswegen (BGB. 1967, 1975fg), dem Erbschaftskauf (BGB. 2382fg) die Haftung cum viribus des Vermögens für die Schulden. Verwendungen auf Vermögensgegenstände sind ferner nicht Verwendungen auf die einzelnen Gegenstände, auf welche sie gemacht sind, sondern Verwendungen auf das ganze Vermögen. Das Zurückbehaltungsrecht kann mithin nicht bloss bezüglich des Objekts der Verwendung, sondern überhaupt bezüglich aller Bestandteile des Vermögens ausgeübt werden. Das Verwaltungsrecht ist endlich beim Vermögen mehr oder minder mit einem Verfügungsrechte verbunden.[18] Was insbesondere den Niessbrauch an einem Vermögen betrifft, so ist zwar richtig, dass er nur in der Weise bestellt werden kann, dass er an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen eingeräumt wird, und dass nicht das Vermögen als solches Rechtsobjekt[19] ist, sondern

[18]) Kohler, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 22, Heft 1 (1903) S. 1fg.

[19]) Die Motive äussern sich über den Grund, weshalb der Gesetzgeber nicht das Vermögen selbst als Rechtsobjekt ansieht, in Bd. 3 S. 558 und 559, wie folgt: »Es würde zu den grössten Schwierigkeiten führen, wenn man die universitas als einen Vermögensgegenstand behandeln wollte, welcher mit einem Niessbrauch belastet werden kann; auch fehlt es an jedem Bedürfnisse zu einer solchen dem geltenden Rechte fremden Behandlung. Dass aber das Privatautonomie eine derartige Verfügung über das ganze Vermögen nicht freigegeben ist, ergiebt sich von selbst, wenn das Gesetz schweigt. Eine ausdrückliche Verneinung könnte nur zu Missverständnissen Anlass geben, wie denn eine solche auch in Ansehung der Übernahme des ganzen Vermögens durch Vertrag (§ 318) unterblieben ist.«

die einzelnen Vermögensbestandteile. Andererseits aber macht sich geltend, dass das Vermögen nicht bloss die Summe seiner Bestandteile, sondern auch etwas Einheitliches, etwas Selbständiges[59]) ist. Dies brachte der dem § 1085 BGB entsprechende § 1038 E I klar zum Ausdruck, welcher lautet: »Der Niessbrauch an dem ganzen Vermögen einer Person ist als Niessbrauch an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen zu beurteilen, soweit nicht in den §§ 1039—1042 ein Anderes bestimmt ist.« Weil eben das Vermögen nicht lediglich die Summe seiner Bestandteile ist, untersteht der Niessbrauch an einem Vermögen besonderen gesetzlichen Vorschriften.

§ 3.
Recht an Rechten.

Dass der Niessbrauch an einem Vermögen nicht an dem Vermögen als solchem, sondern vielmehr an den einzelnen das Vermögen bildenden Bestandteilen besteht, ist bereits oben hervorgehoben. Ist mithin der Niessbrauch an einem Vermögen eingeräumt, so kann derselbe als Niessbrauch an Sachen und an Rechten in Frage kommen. Bei dem Niessbrauch an Rechten tritt uns der Begriff »Recht an Rechten« entgegen. Dieser ist dem BGB. völlig geläufig; wir finden ihn in BGB. 876, 880 Abs. 2, 888, 892, 894, 1068 fg, 1123, 1126,

[59]) Dernburg, Bürgerliches Recht. Sachenrecht S. 545.

1127, 1273 fg, 2175. Die dogmatische Frage aber, ob diese Ausdrucksweise der Sache entspricht, ist durch das BGB. nicht gelöst. Er ist somit bei den Controversen des gemeinen Rechts geblieben.

Eine vollständige Theorie des »Rechts an Rechten« finden wir zuerst bei Windscheid in der zweiten Auflage seines Pandektenlehrbuchs. Die Ansicht Windscheids ist bezüglich des pignus nominis und des ususfrectus nominis von einer Reihe von Schriftstellern adoptirt worden und hat eine lange Zeit hindurch das Feld behauptet. Doch hat man in neuerer Zeit auf verschiedene Weise versucht, die Theorie Windscheids zu erschüttern. Als Hauptwidersacher sind insbesondere Exner,[1] Thon,[2] Hanaurek[3] und Mansbach[4] zu nennen. Dieselben haben zwar vermocht, Windscheid in manchen Punkten zum Nachgeben zu bestimmen, eine völlige Widerlegung der Theorie des »Rechts an Rechten« ist ihnen jedoch u. E. nicht gelungen.

Nach Exner ist jede Macht eine ideelle Beziehung zwischen Rechsträger und Rechtsobjekt, und diese ideelle Beziehung kann nicht wieder Gegenstand einer Herrschaft werden in derselben Weise wie die körperliche Sache. Dass ein Recht nicht in derselben Weise wie eine körperliche Sache Rechtsobjekt sein kann, muss zwar zugegeben werden. Aber kann ein Recht nicht

[1]) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 11 fg.
[2]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 182.
[3]) Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch S. 42 fg.
[4]) Mansbach, Niessbrauch an Forderungen.

in anderer Weise Rechtsobjekt sein? Warum sollten nicht auch Gedankendinge beherrscht werden können? Durch die Ausführungen Exners scheint uns gegen Windscheids Theorie nichts bewiesen zu sein. Die Argumentation Exners hat man denn auch in neuerer Zeit aufgegeben, selbst im feindlichen Lager ist sie verworfen. Denn Mansbach, wohl der scharfsinnigste Gegner der Theorie, äussert sich bezüglich der Exnerschen Auffassung S. 4: »Exner meint, Gedankendinge seien nicht greifbar, man könne sie nicht »anfassen«, um sie dem Willen zu unterwerfen (a. a. O. S. 16 Note 32). Das ist gewiss richtig. Aber gewährt denn die Macht über den Schuldner das Recht, ihn körperlich zu fassen, zu greifen? Man bedenke, dass man über Personen nur in ganz anderer Weise zu herrschen im Stande ist, wie über Sachen. Das Recht an einer Sache verleiht die Befugnis der körperlichen Einwirkung auf die Sache; das Recht an der Person, sofern nicht ausnahmsweise die Person rechtlich als Sache betrachtet wird,[5] nur den Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten jener Person. Die Macht des Gläubigers über den Schuldner ist eine völlig anders geartete, als die rechtliche Macht über eine Sache: jene ergreift die Person des Schuldners, nicht seinen Körper. Wenn dem aber so ist, warum sollte es von vornherein ausgeschlossen sein, dass neben der Macht über Sachen und Personen auch eine Macht an einer Macht gedacht werden könne? Warum sollte von demjenigen, welcher das Vermögen besitzt die

[5]) Als Sachen wurden in Rom die Sclaven betrachtet.

Herrschaft eines andern einzuengen, in ihrer Ausübung zu hindern, absolut nicht gesagt werden dürfen, dass er über eine fremde Macht herrsche, über dieselbe Macht habe?« Mannbach schlägt in seiner geistvollen Schrift einen ganz neuen Weg zur Bekämpfung der Windscheid-schen Teorie ein. In der vierten Auflage seines Lehrbuchs teilt Windscheid die Rechte an Rechten ein in solche, die auf Aufhebung und Umgestaltung eines Rechts gerichtet sind, und solche, welche die Macht verleihen, ein bestehendes Recht für sich geltend zu machen. Letztere rechnet Windscheid selbst in Wirklichkeit nicht zu den »Rechten an Rechten«. An diese Gruppirung Windscheids knüpft Mannbach an und behauptet, dass auch die erste Gruppe nicht zu den Rechten an Rechten gehört. »Das sog. Recht, mit meinem Rechte nach Willkür zu verfahren, kann«, so argumentirt Mansbach (S. 13), »kein Recht sein, dessen Objekt das erstere ist, sondern ist vielmehr eine Qualität des mir zustehenden Rechtes selbst. Aufhebung und Umgestaltung eines Rechtes ist Ausübung dieses Rechtes in einer bestimmten Richtung; wer aber sein Recht ausübt, wirkt nicht auf dieses, sondern durch dieses auf etwas anderes ein.« »Wenn es nun aber richtig ist,« fährt Mansbach (S. 17 f.) fort, »dass der Berechtigte selbst durch Veräusserung des ihm zustehenden Rechtes nicht über dieses Recht, sondern über das Objekt desselben herrscht, so wird auch ein Dritter, welcher ein fremdes Recht kraft eigenen Rechts veräussert, nicht über das fremde Recht, sondern über das Objekt dieses Rechtes dominiren. Analog wie bei der sog. Geltendmachung eines fremden Rechtes,

tut auch hier der Dritte garnichts Anderes, als was der Berechtigte getan haben würde, wenn er veräussert hätte. Der Dritte darf auch hier nicht das Tundürfen eines andern tun, sondern das tun, was auch ein anderer tun darf.« Eine Erklärung dafür, wie es komme, dass wir von Niessbrauchs- und Pfandrecht an Rechten, wie wir von Niessbrauch und Pfand an Sachen reden, versucht Mansbach in seinem § 4 zu geben. Im Vermögen einer Person werden sich meistens nicht nur Sachen, sondern auch Rechte befinden. Begründe nun jemand an einer zu seinem Vermögen gehörenden Sache einen Niessbrauch, so spreche man von einem Rechte an der Sache, und ebenso nenne man das Recht, welches aus der Verfügung über ein zum Vermögen gehöriges Recht resultire, ein »Recht an dem Rechte«. Dieser allgemeine Sprachgebrauch besage jedoch nur, dass ein Niessbrauchsrecht bestehe, wie es von dem Träger des dem Niessbrauch unterliegenden Rechtes begründet werden könne. Der Niessbrauch an einer Forderung sei, da sich von einem Forderungsrechte nur ein Forderungsrecht ableiten liesse, demnach ein Forderungsrecht. Das Wort »an« weise nicht auf das Objekt des erstgenannten Rechtes hin, sondern gebe nur die Quelle an, aus welcher das erstgenannte Recht gefl[illegible] sei. (S. 25.) Weiter operirt Mansbach dann mit dem Begriffe der constitutiven und translativen Succession.

Diese Argumentirung Mansbachs ist zweifelsohne sehr geistreich und scharfsinnig, die Theorie des »Rechts an Rechten« scheint durch dieselbe indessen [illegible]

widerlegt zu sein. Mit Recht wendet Hartmann[1] u. a. gegen Mansbach ein. »Wie richtig es auch ist, dass die bestimmungsmässige Verwendung des einmal erworbenen Rechts, die Veräusserung des veräusserlichen, die Einklagung des einklagbaren Rechts für den Eigner selbst auf dem Rechte seiner freien handlungsfähigen Persönlichkeit beruht: so folgt daraus doch nicht, dass nicht in fremder Hand die gleiche Verfügungsbefugnis als ein besonderes Recht über das fremde Recht construirbar sei. Würde ja doch in dieser Anwendung jene Verfügungsbefugnis nicht auf dem blossen Recht der handlungsfähigen Persönlichkeit, sondern auf der weiteren Grundlage eines besonderen Rechtsgrundes beruhen, der das fremde Recht als fremdes in eigenthümlich begrenzter Weise unserer Willensherrschaft unterwirft. Dass es als fremdes Recht uns trotz unseres Rechtserwerbes nach wie vor gegenübersteht, ist ja garnicht zu leugnen, wenn es wirklich in der Person des Andern »nach Form und Inhalt völlig unverändert bestehen bleibt« (Mansbach 37). Eine praktische Äusserung der Fremdheit des uns nur beziehungsweis unterworfenen Rechts wäre besonders deutlich da zu erblicken, wo die Rechtsordnung die Einwilligung und Mitwirkung auch des Eigners zu unserer Verfügung fordert. Ferner wäre solche Äusserung zu finden in dem Eintritt des Erwerbs der Proprietät an dem Leistungsgegenstand für den Anderen kraft unserer Betreibung der Obligation (Mansbach 57); endlich in der sofortigen vollfreien Selbt-

[1]) Hartmann, Rechte an eigner Sache. Kr. V. J. B. XXII. S. 528 538 fg.

entfaltung des noch fortbestehenden Forderungsrechts in der Person des Anderen, wenn unser Niessbrauchsrecht endigt (Mansbach 59, 65). Über dies fremde Recht kann deshalb nicht weniger eine besondere rechtliche Verfügungsmacht gedacht werden, wenngleich sie nicht durch eine eigne Klage von selbständiger Construction besonders geschützt wird.« Dass die gleiche Verfügungsbefugnis in fremder Hand nicht als ein besonderes Recht über das fremde Recht zu konstruiren ist, hat Mansbach u. E. nicht nachgewiesen. Mansbach, der sonst seine Behauptungen eingehend begründet, lässt hier eine ausführliche Motivirung vermissen. Solange eine solche aber fehlt, besteht für die Anhänger des »Rechts an Rechten« kein Grund, ihre Theorie aufzugeben. Hartmann begnügt sich indessen nicht damit, Mansbach zu widerlegen, sondern er versucht, die Existenz des »Rechts an Rechten« positiv nachzuweisen. Wir können uns seinen Ausführungen (S. 544fg) nur anschliessen und kommen mit ihm zu dem Ergebnis: »Der Anerkennung, dass es im Rechtsleben solche Rechte an fremden Rechten giebt, wird sich die Theorie auf keinen Fall entziehen können.« Giebt man nun aber das Dasein von »Rechten an Rechten« zu, so wird man zweifellos den Niessbrauch an Rechten zu dieser Kategorie zählen müssen.

§ 4.

Die Entstehung des Niessbrauchs an einem Vermögen.[1]

Der § 1085 des BGB. lautet:

»Der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Soweit der Niessbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften der §§ 1086—1088.«

Es steht hier nur der Niessbrauch an einem Vermögen, nicht aber auch einem Sondervermögen in Frage.[2] Auf den Niessbrauch an einem sog. Sondervermögen, z. B. an dem Vorbehaltsgut der Ehefrau sind demnach die Vorschriften der §§ 1085—1088 nicht in Anwendung zu bringen, es bleibt vielmehr lediglich bei den Bestimmungen über den Niessbrauch an Sachen und Rechten. Da diese aber durchweg nur dispositiver Natur sind, so steht es den Parteien frei, von ihnen abweichende Grundsätze zu vereinbaren. Zu einer analogen Anwendung der Vorschriften über den Niessbrauch an einem Vermögen kann es jedoch nur dann kommen, wenn diese Anwendung ausdrücklich von den Parteien vereinbart oder nach den Umständen des Falls als gewollt zu betrachten ist und durch Vertrag zwischen

[1] Vergl. Strauss, Niessbrauch an einem Vermögen § 2, S. 9 bis 16.

[2] Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 2 S. 90; Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 3 Vorbemerkungen zu § 1085, Bem. 1; Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 3 Bem. 2 zu § 1085.

dem Besteller und dem Niessbraucher bestimmt werden kann. Eine derartige vertragsmässige Bestimmung ist aber nur insoweit zulässig, als es sich um das durch § 1087 normierte Rechtsverhältnis zwischen Niessbraucher und Besteller und um die Haftung des Niessbrauchers gegenüber dem Besteller für die Zinsen ect. nach 1088 handelt. Die Rechtsstellung der Gläubiger des Bestellers wird durch eine solche Vereinbarung nicht tangiert. Niessbraucher und Besteller können jedoch den Gläubigern des letzteren eine ähnliche Rechtsstellung, wie sie ihnen durch die §§ 1086 u. 1088 eingeräumt ist, durch einen Vertrag zu Gunsten der Gläubiger verschaffen.[3]

In dem § 1085 handelt es sich um die Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen. Von dieser Besteilung als einem dinglichen Vertrage ist der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand einem andern gegenüber zur Bestellung verpflichtet, zu unterscheiden. Dieser obligatorische Vertrag kann sich nur auf das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchteil des gegenwärtigen Vermögens beziehen; denn nach BGB. 310 ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben mit einem Niessbrauche zu belasten, nichtig. Diese gesetzliche Bestimmung begründen die Motive[4] folgendermassen: »Ein Vertrag, durch welchen jemand sich verpflichtet, sein ganzes künftiges Ver-

---

[3]) Planck Bd. 3, S. 396, Bem. 3.
[4]) Motive Bd. 2 S. 186.

mögen einem anderen zu übertragen, verstösst gegen die öffentliche Ordnung, welche nicht zulässt, dass Jemand sich gewissermassen seiner Erwerbsfähigkeit begiebt und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerbe verliert. Ähnlich verhält es sich, wenn der Vertrag nur auf die Übertragung einer Quote des künftigen Vermögens gerichtet ist; zudem würde ein solcher Vertrag zu unabsehbaren Verwickelungen führen. Diese Bedenken treffen in gleichem Masse zu, wenn das Vermögen oder die Vermögensquote nicht zu vollem Rechte, sondern nur zum Niessbrauche übertragen werden soll.« Einen Vertrag hingegen, durch den sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben zu übertragen oder mit einem Niessbrauche zu belasten, für unzulässig zu erklären, liegt, wie die Motive richtig ausführen,[5] kein hinreichender Grund vor; denn wenn derartige Verträge auch nicht unerhebliche Verwickelungen zur Folge haben können, so sind sie doch in vielen Gegenden, namentlich bei Grundbesitzern ungemein häufig und eingebürgert. Wohl aber besteht genügender Grund, die Gültigkeit solcher Verträge von der Beobachtung gewisser Formen abhängig zu machen, »nicht nur zur Befestigung der Rechtssicherheit, sondern auch, um die Kontrahenten bei diesen inhaltsschweren Geschäften, welche vielfach faktisch eine anticipirte Erbfolge enthalten, vor Übereilung zu schützen, zugleich, um die Umgehung der Formvorschriften für die Verfügungen von Todeswegen

[5]) Motive Bd. 2 S. 187 und 188.

möglichst zu verhüten.«[6] Aus diesen Gründen hat das Gesetz für die Gültigkeit solcher Verträge die gerichtliche oder notarielle Beurkundung[7] vorgeschrieben. BGB. 311. Es genügt mithin gemäss BGB. 128 im Gegensatz zu dem Abschluss eines Vertrages vor Gericht oder Notar, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags vor einem Gerichte oder Notar beurkundet wird. Nach BGB. 152 kommt der Vertrag, wenn beide Teile nicht anwesend sind, mit der erfolgten Beurkundung der Annahme zu Stande, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden. BGB. 152, 151 S. 2. Verpflichtet sich Jemand, an seinem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen den Niessbrauch zu bestellen, so ist nach BGB. 131 das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne seinen nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Nach 312 BGB. ist ein Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, an den Nachlass eines noch lebenden Dritten einen Niessbrauch zu bestellen, nichtig. Gültig ist ein solcher

---

[6]) Motive Bd. 2 S. 188.

[7]) Von dem Vorbehalte zu Gunsten des Landesrechts in EG. z. BGB. Art. 141, wonach die Landesgesetze bestimmen können, dass für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder die Notare zuständig sind, ist in Mecklenburg kein Gebrauch gemacht worden. Siehe Langfeld, Mecklenburgische Ausführungsverordnungen S. 474.

Vertrag jedoch, wenn er unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Es bedarf alsdann ebenfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Bezieht sich der Verpflichtungsvertrag auf das zur Zeit des Todes des Versprechenden vorhandene Vermögen, so ist hierin ein erbrechtlicher Vertrag zu erblicken, gegen dessen Gültigkeit dann nichts zu erinnern ist, wenn die erbrechtlichen Normen, insbesondere die Formalien beobachtet sind.[8] Im Gegensatz zu der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ist hier Vertragsabschluss vor einem Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erforderlich. (BGB. 2276.)[9]

Der obligatorische Verpflichtungsvertrag wird zwar regelmässig der Bestellung vorangehen, unbedingt notwendig ist dies jedoch nicht. So kann beispielsweise im Wege der Schenkung ohne voraufgegangenes Schenkungsversprechen der Niessbrauch an allen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen eingeräumt werden.[10]

Von Interesse ist noch die Frage, ob der ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung abgeschlossene obligatorische Vertrag nach Analogie des § 313 BGB. durch die später erfolgende Bestellung des Niessbrauchs an dem Vermögen geheilt wird. Bezüglich des § 313 ist der Gesetzgeber von der Erwägung ausgegangen, dass bei einem Rechtsgeschäfte, das auf Übertragung

[8]) Motive Bd. 2 S. 186.
[9]) Strauss a. a. O. S. 11 und 12.
[10]) Planck Bd. 3 Bem. 4 zu § 1085 S. 398.

des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist, zwar, um die Parteien vor Übereilung und Leichtsinn zu schützen, die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen geboten ist, eine Heilung des ohne Wahrung der Formen vorgenommenen Rechtsgeschäftes aber durch die Perfektion des obligatorischen Vertrages, durch den Abschluss des dinglichen Vertrages einzutreten hat, da bei letzterem die Parteien schon mit hinreichender Sorgfalt verfahren werden.[11] U. E. hat der Gesetzgeber in 313 BGB. nicht einen allgemein gültigen Gedanken zum Ausdruck bringen, nicht ein Princip aufstellen wollen, sondern es sollte lediglich ein specieller Fall geregelt werden. Soweit nicht Ausnahmen ausdrücklich statuirt sind, bleibt es bei der gemäss BGB. 125 eingetretenen Nichtigkeit. Eine Heilung hat nun aber der Gesetzgeber ausser dem Fall des § 313 nur in den Fällen der §§ 518 Abs. 2, 2301 Abs. 2, 566 und 1324 BGB. zugelassen.[12] Der nach § 125 BGB. nichtige Vertrag des § 311 kann mithin durch die Bestellung des Niessbrauchs nicht gültig werden.[13] Ist der obligatorische Vertrag nichtig, der dingliche Vertrag der Bestellung aber gültig, so kann die Leistung seitens der Parteien condicirt werden.

Wie aus dem Worte »bestelit« erhellt, handelt es sich hier nur um das durch Rechtsgeschäft begründete Nutzungsrecht. Während der E I in seinen §§ 1292 und 1525 im Anschluss an das Sächsische Bürgerliche

[11]) Motive Bd. 2 S. 191.
[12]) Matthiass a. a. O. Bd. 1 § 51 S. 183.
[13]) A. M. Strauss a. a. O. S. 13 und 14.

Gesetzbuch die Bestimmung enthielt, dass auf die Fälle der gesetzlichen Nutzungsrechte, nämlich auf die Nutznießung des Vaters am Kindesvermögen und die des Mannes am Vermögen der Frau die Vorschriften über den gewöhnlichen Niessbrauch zur Anwendung kämen, sind diese Bestimmungen in der zweiten Kommission gestrichen worden.[14] Die gesetzlichen Nutzungsrechte sind jetzt wegen ihrer besonderen Natur mit Recht selbständig unter der Bezeichnung »Nutznießung« im Familienrecht geregelt, und es ist nur beschränkt auf die allgemeinen Vorschriften über den Niessbrauch in den §§ 1383, 1384 und 1652 BGB. hingewiesen.[15]

Der Niessbrauch an einem Vermögen kann beispielsweise in der Weise begründet werden, dass Jemand sein Vermögen veräussert und sich den Niessbrauch vorbehält, was hauptsächlich in bäuerlichen Verhältnissen vorkommen wird, oder den Niessbrauch einräumt gegen Zahlung einer Jahresrente. Immerhin wird diese Art der Bestellung zu den Seltenheiten gehören, da für dieselbe kaum ein Bedürfnis besteht. Normaler Weise wird vielmehr der Niessbrauch an einem Vermögen auf Grund einer Verfügung von Todeswegen erworben werden.[16] Die passende Form für eine solche Verfügung

[14]) Protokolle IV. S. 573.

[15]) Kuhlenbeck, das bürgerliche Gesetzbuch Bd. 2 Vorbem. zu § 1030; Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 3 Vorbem. 2 zu § 1030; Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. R. Bd. 2 § 103 S. 401; Meisner, Sachsenrecht Bem. 2 zu § 1030; Straus a. a. O. S. 9 und 10.

[16]) Endemann a. a. O. Bd. 2 § 103 S. 401; Strauss a. a. O. S. 10 und 14; Kuhlenbeck a. a. O. Vorbem. zu § 1030. Bezüglich der Leibzucht vergl. Art. 96, des Pfröndenrechtes Art. 80 des E. G. zu BGB.

ist das Vermächtnis. Wann wird nun dieses erworben? Nach gemeinem Rechte trat der Erwerb des Vermächtnisses — von aufschiebenden Bedingungen und Zeitbestimmungen abgesehen — im Zeitpunkt der Erbschaftsantretung ein. Während bei den sonstigen Vermächtnissen der Legatar im Augenblicke des Todes des Erblassers bereits die vererbliche Aussicht auf das Vermächtnis erwarb, konnte dies bei dem Niessbrauchsvermächtnisse natürlicher Weise nicht der Fall sein.[17] Denn ist der Niessbrauch selber ein höchstpersönliches Recht, sodass er mit dem Tode des Berechtigten erlischt und nicht übertragbar ist, so kann die Aussicht auf den Niessbrauch um so weniger vererblich sein. Ganz anders liegt es nach dem BGB. Nach dem neuen Rechte entsteht gemäss BGB. 2176 das Recht des Vermächtnisnehmers, soweit nicht die Fälle der §§ 2177 und 2178 BGB. vorliegen, mit dem Erbfalle. Es gelangt mithin, da das neue Recht der alten deutschen Rechtsauffassung »Der Tote erbt den Lebendigen« und »Sterben macht Erben« gefolgt ist, normaler Weise mit dem Tode des Erblassers zur Entstehung. Die hereditas iacens des gemeinen Rechts ist vom BGB. nicht übernommen. Ist nun das erworbene Recht ein dingliches oder ein persönliches? An den zum Nachlasse gehörenden unverbrauchbaren Sachen konnte nach gemeinem Rechte das dingliche Recht des Niessbrauchs

---

[17]) Windscheid Pand. §. 642 c; Bürkel Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch S. 125.

hinterlassen werden. Bezüglich der verbrauchbaren Sachen und der Forderungen hingegen erwarb der Vermächtnisnehmer stets nur ein obligatorisches Recht gegen den Erben auf Bestellung des Niessbrauchs.[18] Nach dem neuen Recht, welcher das römische Vindikationslegat gänzlich verworfen hat, erlangt der Vermächtnisnehmer unter allen Umständen nur ein Forderungsrecht. Denn der § 2174 BGB bestimmt ausdrücklich: »Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.« Der Vermächtnisnehmer hat bei dem Vermächtnisse des Vermögensniessbrauchs mithin aus dem Vermächtnisse nur eine Forderung auf Bestellung des Niessbrauchs an dem Vermögen. Letztere erfolgt durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.[19]

Die Bestellung des Vermögensniessbrauches erfolgt nun an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen, und zwar je nach der Beschaffenheit derselben, auf Grund der Vorschriften der §§ 873, 1032, 1069 und 1081. Bezüglich der Bestellung des Niessbrauchs tritt mithin die Einheitsnatur des Vermögens in den Hintergrund. Sie geschieht also an Grundstücken und Erbbaurechten durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, an beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe, an Forderungen regelmässig durch Vertrag, an Hypothekenforderungen durch Überschreibung im Grundbuch oder bei Briefhypotheken durch schriftliche

[18]) Bürkel § 6.
[19]) Strauss a. a. O. S. 14, 15 und 16.

Erklärung und Übergabe des Hypothekenbriefes, bei Inhaberpapieren durch Übergabe des Papieres. Der Niessbrauch erstreckt sich auch auf den Schuldschein, sowie auf den Hypotheken-, Grund- und Rentenschuldbrief (§ 952 BGB). Der Niessbraucher ist zum Besitze dieser Urkunden berechtigt (§ 1036 Abs. 1 BGB). Bedarf es zur Niessbrauchsbestellung einer Eintragung im Grundbuche, so kann ersichtlich gemacht werden, dass es sich um den Niessbrauch an einem Vermögen handelt. Notwendig ist dies jedoch nicht.[20] Dem Zwecke des Niessbrauchs entsprechend ist im Zweifel anzunehmen, dass sich derselbe auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll.[21]

Gehören zu dem Vermögen, an dem der Niessbrauch bestellt werden soll, Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, so bedarf es nicht bezüglich eines jeden Rechtes eines besonderen Abtretungsvertrages, vielmehr ist ein genereller Abtretungsvertrag durchaus zulässig und genügend. Ein solcher wird in den meisten Fällen von den Parteien beabsichtigt sein. Die §§ 313 und 1039 E. I, welche eine diesbezügliche ausdrückliche Vorschrift enthielten, sind mit Recht als selbstverständlich und überflüssig von der zweiten Kommission gestrichen.[22]

[20]) Biermann, Sachenrecht Bem. 1 zu § 1085. A. M. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht (1900) S. 467 Bem. VII.

[21]) Vergl. Endemann a. a. O. Bd. 2 § 103 S. 401; BGB. 1031 mit Berufung auf § 926.

[22]) Vergl. Motive Bd. 2 S. 141; Protokolle Bd. 3 S. 430. Planck Bem. 2 zu § 1085; Strauss a. a. O. S. 13.

Wie der Niessbrauch an einem Vermögen an den zu diesem gehörenden Gegenständen bestellt wird, so besteht er nach der Bestellung auch nur an diesen. Gegenstand des Niessbrauches ist nicht das Vermögen selbst, sondern sind die Bestandteile desselben. Dies ergiebt die Fassung des § 1085 Satz 1: »Der Niessbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, dass der Niessbraucher den Niessbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt.« Besteht nun aber der Niessbrauch an den einzelnen Gegenständen, so finden auch die Vorschriften über den Niessbrauch an Sachen und Rechten, je nachdem solche zum Vermögen gehören, Anwendung. Es steht mithin dem Niessbraucher das Nutzungsrecht an den einzelnen Gegenständen zu. Es gelten ferner insbesondere die Vorschriften über das Rechtsverhältnis zwischen Niessbraucher und Eigentümer, über die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des Niessbrauchs und über die Beendigung des Niessbrauchs. Vor allen Dingen finden Anwendung die Vorschriften des § 1035 BGB. über die Inventarisation.[23] Der in der zweiten Kommission gestellte Antrag, bei dem Niessbrauch an einem ganzen Vermögen eine Surrogation nach Massgabe des § 1370 in beschränktem Umfange eintreten zu lassen, ist abgelehnt worden. Die Surrogation tritt mithin bei dem Niessbrauch an einem Vermögen nur bezüglich der Forderungen gemäss

[23]) Planck Bd. 3 Bem. 1 zu § 1035; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 § 206 S. 935 II 1; Staudinger a. a. O. Bem. 1 zu § 1085.

1075 BGB. ein. Wird ein zum Vermögen gehörender Gegenstand beschädigt oder zerstört, so fällt demnach, da bezüglich der Sachen eine Surrogation nicht stattfindet, der Entschädigungsanspruch nicht unter den Niessbrauch; dem Niessbraucher steht dafür der Schutz des § 1065 BGB. zur Seite. Auch hinsichtlich des Schatzes gilt nicht eine dem sächsischen GB. § 634 entsprechende Vorschrift, nach welcher der Niessbraucher die dem Eigentümer zufallende Schatzhälfte erwirbt. Die Motive[24] lassen diese Frage offen. Da indessen der § 1040 BGB. dem Niessbraucher einer Sache das Recht am Schatze abspricht, so steht u. E. auch beim Vermögensususfruct dem Niessbraucher in Ermangelung einer besonderen Bestimmung dieses Rechts nicht zu.[25]

Der § 1085 BGB. handelt von der Bestellung des Niessbrauchs. Der Besteller ist nun aber nicht notwendiger Weise, wie die Denkschrift[26] zu Unrecht annimmt, derjenige, dem die belasteten Sachen gehören und die belasteten Rechte zustehen. Der Besteller wird zwar regelmässig Eigentümer der dem Niessbrauch unterworfenen Sachen sein; es sind aber sehr wohl Fälle denkbar, in denen er es nicht ist. So fallen Eigentümer und Besteller auseinander, wenn der Eigentümer, der den Niessbrauch bestellt hat, während des Bestehens des Niessbrauches das Eigentum an einen anderen überträgt. Es kann ferner gemäss BGB.

---

[24]) Motive Bd. 3, S. 554.

[25]) Planck Bd. 3 Bem. 3 zu § 1085; Biermann a. a. O. Bem. 1 zu § 1085.

[26]) Denkschrift zum Entwurf des BGB. S. 142.

1032 der Niessbrauch auch von einem Nichteigentümer auf Grund der analog zur Anwendung kommenden Vorschriften der §§ 930 bis 935 BGB. erworben werden.[27]

Ist nun der Niessbrauch an einem Vermögen in der vorgeschriebenen Weise, also durch Einräumung des Niessbrauchs an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen bestellt, so gelten kraft Gesetzes neben den Vorschriften über den Niessbrauch an Sachen und Rechten die besonderen Vorschriften der §§ 1086—1088. Durch diese gesetzliche Bestimmung ist zum Ausdruck gebracht worden, dass das Vermögen nicht nur Vielheit, sondern auch Einheit ist. Für die Anwendbarkeit der §§ 1086—1088 ist jedoch nicht erforderlich, dass der Niessbrauch bereits an allen zu dem Vermögen gehörigen Gegenständen bestellt ist. Die Bestimmungen der §§ 1086—1088 gelten vielmehr, falls der Niessbrauch erst an einigen dieser Gegenstände bestellt ist, bereits bezüglich dieser. Dies erhellt aus der Fassung des Satzes 2 des § 1085 »Soweit der Niessbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften des §§ 1085—1088.« Hieraus folgt andererseits, dass, soweit der Niessbrauch nicht bestellt ist, diese Bestimmungen nicht in Anwendung kommen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften des §§ 1086—1088 ist jedoch stets, dass die Bestellung des Niessbrauchs an den einzelnen Gegenständen nach

---

[27]) Planck Bd. 3 Bem. 4 zu § 1085; Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1085.

den Intentionen der Parteien zum Zwecke der Bestellung des Niessbrauchs an dem ganzen Vermögen geschieht. Dies wird regelmässig dann anzunehmen sein, wenn dem dinglichen Vertrage der Bestellung der obligatorische Vertrag voraufgegangen ist, durch den sich der eine dem anderen gegenüber verpflichtet hat, den Niessbrauch an seinem ganzen Vermögen letzterem zu bestellen.[28]

Was endlich von der Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen gilt, gilt entsprechend von der Bestellung des Niessbrauchs an dem Bruchteile eines Vermögens.[29]

Die Leistung des zur Bestellung des Niessbrauchs Verpflichteten.

§ 5.

Umfang derselben.[1]

Für den Umfang der Leistungspflicht des Bestellers sind, falls die Verpflichtung zur Bestellung des Vermögensniessbrauches aus dem obligatorischen Vertrage des § 311 BGB. resultirt, in erster Linie massgebend die Intentionen der Parteien dieses obligatorischen Vertrages und, falls der Vermögensniessbrauch durch Vermächtnis angeordnet ist, der Wille des Erblassers. In jedem einzelnen Falle wird zu prüfen sein, ob von den Parteien oder dem Erblasser das ganze Vermögen oder die ganze Erbschaft gemeint ist, oder ob gewisse Gegenstände haben ausgenommen werden sollen. Das Gesetz hat wegen der Verschiedenartigkeit der Lebens-

---

[28]) Planck Bd. 3 Bem. 4 zu § 1085; Biermann a. a. O. Bem. 2zu § 1085.

[29]) Planck Bd. 3 Bem. 5 zu § 1085; Biermann a. a. O. Bem. 3 zu § 1085.

[1]) Vergl. Strauss a. a. O. § 3 S. 16 bis 22.

verhältnisse und aus dem Grunde, dass wohl stets ausdrückliche Bestimmungen seitens der Parteien oder des Erblassers werden getroffen werden, mit Recht davon abgesehen, dispositive Normen für den Fall, dass es an einer Bestimmung fehlt, aufzustellen.[2]

Sind einzelne Gegenstände nicht ausgenommen, so wird durch den Abschluss des obligatorischen Vertrages oder durch die Anordnung des Vermächtnisses für den einen Teil die Verpflichtung begründet, dem Berechtigten an allen zu dem Vermögen oder der Erbschaft gehörenden Gegenständen, an denen ein Niessbrauch möglich ist, einen solchen einzuräumen. Da an Rechten, die nicht übertragbar sind, gemäss BGB. 1069 Abs. 2 ein Niessbrauch nicht bestellt werden kann, so scheiden mithin diese Rechte aus. Die Erwägung, dass der Niessbrauch an einem Rechte eine teilweise Succession in das belastete Recht bildet, hat den Gesetzgeber veranlasst, die Vorschriften über die Übertragung eines Rechtes (totaler Rechtsübergang) auf die Bestellung des Niessbrauchs an einem solchen (partieller Rechtsübergang) zu erstrecken.[3] Eine analoge Bestimmung enthält bezüglich des Pfandrechts des § 1274 Abs. 2 BGB. welcher lautet: „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden". Wie die Protokolle[4] u. E. mit Recht hervorheben, ist bei der Auslegung der Schwerpunkt auf den

[2]) Strauss a. a. O. S. 16 u. 17.
[3]) Vergl. Motive Bd. 3 S. 540 sub. 3.
[4]) Protokolle III S. 7; vergl. auch Planck III Bem. 3 zu § 1069.

Eingang „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist", durch welchen sich die Fassung des § 1274 Abs. 2 von der des § 1069 Abs. 2 BGB. unterscheidet, zu legen. Es kann also ein Recht teilweise verpfändbar, teilweise unverpfändbar sein.[5] Andererseits kann, wenn ein Recht nur zu einem Teile übertragbar ist, an diesem Teile ein Niessbrauch nicht bestellt werden.[6] Unübertragbar sind z. B. nach BGB. 399 Forderungen, bei denen die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Nach BGB. § 400 sind ferner Forderungen unübertragbar, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind. Obgleich der Anspruch auf den Pflichtteil nach CPO. § 852 Abs. 1 nur ausnahmsweise pfändbar ist, ist derselbe indessen im § 2317 BGB. ausdrücklich für übertragbar erklärt. Zu den unübertragbaren Rechten zählen weiter Miete und Pacht (549, 581), der Anspruch des Dienstberechtigten (613), Anspruch auf Ausführung eines Auftrags (664), Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnisse (717), Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens (847), Niessbrauch (1059), beschränkte persönliche Dienstbarkeit (1092), Entschädigungsanspruch der deflorirten Braut (1300). Unübertragbar sind sodann die in den §§ 1408,

---

[5]) Vergl. z. B. Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869 § 4 Nr. 4.

[6]) A. M. Biermann Sachenrecht Bem. 2 zu § 1069; Strauss a. a. O. S. 18; Magdan Falkmann „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte" S. 18.

1427, 1585, 1623, 1658 aufgeführten Rechte. Pfandrecht und Hypothek sind nur zugleich mit der Forderung, für die sie bestellt sind, übertragbar. (1153, 1250), Grunddienstbarkeiten nur mit dem herrschenden Grundstücke. Unübertragbar ist das dingliche Vorkaufsrecht (1098), das persönliche nach Massgabe des § 514. Doch kommt letzteres, auch wenn es nach § 514 BGB. ausnahmsweise übertragbar ist, für die Niessbrauchsbestellung nicht in Frage, da es Nutzungen nicht gewähren kann.[7] Beruht die Unübertragbarkeit eines Rechts auf einem gesetzlichen Veräusserungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist die Niessbrauchsbestellung nur diesen Personen gegenüber unwirksam (§ 135). Einem solchen gesetzlichen Veräusserungsverbot steht ein Veräusserungsverbot gleich, das von einem Gerichte oder einer andern Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird. Durch eine rechtsgeschäftlich festgesetzte Unübertragbarkeit wird — von BGB. 399 a. E. abgesehen — weder die Übertragung noch die Bestellung des Niessbrauchs ausgeschlossen (§ 137).[8] Auch der Niessbrauch selbst ist, wie wir oben gesehen haben, nicht übetragbar. Eine Niessbrauchsbestellung ist mithin an ihm gemäss BGB. 1069 Abs. 2 nicht möglich. Wohl aber ist das Recht zur Ausübung des Niessbrauchs übertragbar. Kann nun an dem übertragbaren Rechte auf die Nutzungen und, falls die Ausübung des Rechtes einem anderen überlassen ist,

[7]) Vergl. hierüber Planck Bd. 3 S. 378 sub 1 a. E.
[8]) Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1069; Planck Bem. 2 zu § 1069 u. Bem. 3 zu § 1274.

an dessen Recht ein Niessbrauch bestellt werden? Für die Bejahung haben sich Strauss[9] uad Dernburg[10] ausgesprochen. Letzterer argumentirt folgendermassen: „Das BGB. 1069 Abs. 2 bestimmt, dass an einem Rechte, das nicht übertragbar ist, ein Niessbrauch nicht bestellt werden kann. In den Motiven wird zur Begründung angeführt, dass auch ein Pfandrecht an einem unübertragbaren Rechte unzulässig ist, BGB. 1274 Abs. 2. Indessen besteht der wesentliche Unterschied darin, duss der Zweck des Pfandrechts die Veräusserung der Substanz notwendig macht, so dass ihm ein unübertragbares Recht nicht dienen kann, der Niessbrauch aber die Nutzungen in Anspruch nimmt, welche sehr wohl anderen überlassen werden können, wenn auch das Recht als solches nicht übertragbar ist. Es ist daher anzunehmen, dass ein Niessbrauch bezüglich übertragbarer Nutzungen aus unübertragbaren Rechten allerdings zulässig ist und durch § 1069 Abs. 2 nicht getroffen wird. Dies geht auch aus § 1073 hervor. Denn dort wird der Niessbrauch einer Leibrente, eines Auszuges sowie eines ähnlichen Rechtes zugelassen, so dass dem Niessbraucher die einzelnen Leistungen gebühren, welche auf Grund des Rechtes gefordert werden können, soweit dieselben übertragbar sind.“ Dieser Argumentation Dernburgs können wir uns nicht anschliessen. Denn überlässt der Niessbraucher einem Dritten die Ausübung seines Rechts, so erlangt dieser nur ein obligatorisches Recht. Ein

[9]) Strauss a. a. O. S. 17.

[10]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 3. §. 191. 2.

obligatorisches Recht aber ist der Niessbrauch nicht. Folglich kann der Niessbraucher an dem übertragbaren Rechte auf die Nutzungen einen Niessbrauch nicht bestellen![11] Indessen dürften, falls er einem andern die Ausübung seines Rechts überlässt, bezüglich der Nutzungen die Vorschriften über den Niessbrauch als von den Parteien vereinbart anzusehen sein.[12] Wohl aber kann es einem Bedenken nicht unterliegen, dass derjenige, dem die Ausübung des Niessbrauchs überlassen ist, an dem ihm zustehenden obligatorischen Rechte einen Niessbrauch bestellen kann.[13] Die Frage, ob der Verpflichtete auf Grund des die Verpflichtung begründenden Vertrages dem Berechtigten die Nutzungen incessibler Rechte übertragen muss, ist im verneinenden Sinne zu beantworten. Denn ist ein Niessbrauch an solchen Rechten nicht möglich, so kann auch ein Anspruch auf die Nutzungen derselben nicht aus der Verpflichtung zur Niessbrauchsbestellung an dem Vermögen hergeleitet werden. Wohl aber wäre es denkbar, dass nach den Intentionen der Parteien neben der Verpflichtung zur Niessbrauchsbestellung die Verpflichtung zur Übertragung der Nutzungen incessibler Rechte gewollt ist. Gehören ferner zu dem Vermögen

[11]) Plank Bd. 3 Bem. 2 zu § 1069; Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1069; Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2 § 250 III; Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 2 § 105 Anm. 2.

[12]) Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1069.

[13]) Planck Bd. 3 Bem. 2 zu § 1069; Biermann Bem. 2 zu § 1069; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. 1 § 206 S. 932,1.

des Verpflichteten nicht übertragbare Forderungen, so braucht dieser im Falle der Einziehung derartiger Forderungen an den eingezogenen Gegenständen, wenn an diesen ein Niessbrauch möglich ist, nicht nachträglich den Niessbrauch zu bestellen, man müsste denn annehmen, dass sich derselbe gleichzeitig zur Einräumung des Niessbrauches an den einzuziehenden Gegenständen verpflichtet hätte. Nach der Bestellung dieses Niessbrauches würden dann auf denselben im Zweifel die Normen über den Niessbrauch an einem Vermögen anzuwenden sein, da dies in einem solchen Falle als von den Parteien beabsichtigt anzusehen wäre.[14]

Bei dem Vermächtnisse des Vermögensniessbrauches ist die Herausgabepflicht des Erben weiter beschränkt durch die Bestimmung des § 2306 BGB. Ist nämlich ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter mit dem Vermächtnisse des Vermögensniessbrauches beschwert, so gilt die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Einem solchen Erben gegenüber wird mithin der Vermächtnisnehmer mit seinem Anspruche auf Bestellung des Niessbrauches im Falle der Weigerung des Erben nicht durchdringen.[15]

Ruhen auf dem Vermögen des zur Bestellung des Niessbrauches Verpflichteten Schulden, so ist dieser berechtigt, von den zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen soviel zurückzubehalten, als zur Be-

---

[14]) Plank Bd. 3 Bem. 1 zu § 1085
[15]) Strauss a. a. O. S. 18.

richtigung der fälligen Schulden nötig ist. Der § 1087 Abs. 1 Satz 1 BGB. enthält allerdings nur die Bestimmung, dass der Besteller, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Niessbraucher Rückgabe der zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände verlangen kann. Aus dieser Rückgabepflicht des Niessbrauchers ergiebt sich aber notwendigerweise das Zurückbehaltungsrecht des zur Bestellung des Niessbrauchs Verpflichteten. „Denn die Rückgabepflicht des Niessbrauchers beruht nicht auf der beschränkten Verpflichtung des obligatorisch zur Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen Verpflichteten, sondern ist eine dem Wesen eines solchen Niessbrauches entsprechende gesetzliche Verpflichtung des Niessbrauchers. Wird diese Rückgabepflicht ausgesprochen, so versteht sich nach dem Grundsatz „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est," von selbst, dass der zur Bestellung obligatorisch Verpflichtete wegen der zur Zeit der Bestellung bereits fälligen Schulden die zu deren Berichtigung erforderlichen Gegenstände von vornherein zurückbehalten kann."[16] Die Bestimmung des E. I 1040 Abs. 1 S. 1: „Wer den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen zu bestellen hat, ist berechtigt, von den zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen soviel zurückzubehalten, als zur Berichtigung der fälligen Schulden nötig ist," ist

---

[16]) Protokoll 4149.

[17]) Planck, Bd. 3 Bem. 1 zu § 1087; Biermann a. a. O. a) zu § 1087; Strauss a. a. O. S. 19 und 20; Windscheid Kipp a. a. O. Bd. 1 § 206. S. 936.

als selbstverständlich und überflüssig nicht in das Gesetz aufgenommen.[17]

Was die Verteilung der Früchte zwischen Niessbraucher und Besteller anbelangt, so normieren hierüber in Ermangelung besonderer rechtsgeschäftlicher Bestimmungen die Vorschriften in den §§ 101, 102 BGB. Bezüglich der natürlichen Früchte einer Sache oder eines Rechts (§ 99 Abs. 1 und Abs. 2) ist massgebend der Zeitpunkt der Trennung. Sind dieselben vor dem Zeitpunkte der Bestellung des Niessbrauchs getrennt, so gebühren sie dém Besteller, andernfalls dem Niessbraucher. Bei den juristischen Früchten ist die Fälligkeit entscheidend. Die vor der Niessbrauchsbestellung fälligen Früchte gebühren dem Besteller, die später fälligen dem Niessbraucher. Handelt es sich jedoch um regelmässig wiederkehrende Erträge, insbesondere um Zinsen und Gewinnanteile, so erhalten Besteller und Niessbraucher einen der Dauer des Nutzungsrechtes entsprechenden Teil. Nach BGB. 102 kann der zur Herausgabe der Früchte verpflichtete Besteller von dem Niessbraucher Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insofern verlangen, als sie einer ordnungsmässigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen.[18] Ist der Vermögensniessbrauch durch Vermächtnis angeordnet, so dürfte wohl bezüglich der Nutzungen der § 2184 BGB. auf das Verhältnis zwischen

---

[18]) Strauss a. a. O. S. 18 u. 19.

dem mit dem Niessbrauch Beschwerten und dem Niessbraucher analog anzuwenden sein.[19] Die seit dem Anfall des Vermächtnisses wirklich gezogenen Früchte hat demnach der Beschwerte dem Niessbraucher, soweit sie noch vorhanden sind, herauszugeben. Für gezogene Früchte, welche nicht mehr vorhanden sind, ist nur Ersatz zu leisten, soweit der Beschwerte durch ihren entschuldbaren Verbrauch bereichert ist oder sofern sie durch sein Verschulden untergegangen sind. Für Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören z. B. Benutzung eines Pferdes, Wagens oder Gartens hat der Beschwerte hingegen Ersatz nicht zu leisten.[20] Auch BGB. 2185 würde wohl analog anzuwenden sein. Der Beschwerte kann mithin, falls er nach dem Erbfall auf eine dem Niessbrauch unterworfene Sache Verwendungen gemacht hat, für diese von dem Niessbraucher Ersatz nach den Vorschriften verlangen, die für das Verhältnis zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer gelten.

Geht dem dinglichen Vertrage der Bestellung ein obligatorischer Vertrag voraus, so richtet sich der Umfang der Leistungspflicht nach dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses. Der Verpflichtete hat an allen denjenigen Gegenständen, die zu dieser Zeit zu seinem Vermögen gehören, den Niessbrauch zu bestellen. Soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den

[19]) Strauss a. a. O. S. 19.

[20]) Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch § 2184 Anm. 3 u. 4; Planck Bd. 5 Bem. 1 u. 2 zu § 2184.

der Verpflichtete nicht zu vertreten hat, unmöglich wird, wird der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Leistung frei. BGB. 275 Abs. 1. Der Verpflichtete hat nicht nur eigenen Vorsatz und eigne Fahrlässigkeit, sondern auch Vorsatz und Fahrlässigkeit seines gesetzlichen Vertreters und der Personen zu vertreten, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient. BGB. 276 unb 278. Handelt es sich indessen um eine Schenkung, so hat er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen. BGB. 521. Hat der Verpflichtete den Umstand zu vertreten, so hat er im Falle der Unmöglichkeit der Leistung dem Berechtigten den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen. Ist die Leistung nur teilweise unmöglich, so kann der Berechtigte, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung des noch möglichen Teils der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. BGB. 280. Bei ursprünglicher Unmöglichkeit ist der Vertrag gemäss BGB. 306 nichtig. Während in BGB. 275 Abs. 2 der nachträglichen Unmöglichkeit das nachträgliche Unvermögen gleichsteht, steht hier in Ermangelung einer besonderen Bestimmung nur die ursprüngliche Unmöglichkeit (objektive Unmöglichkeit), nicht aber auch das ursprüngliche Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit) in Frage.[21] Beim ursprünglichen Unvermögen ist der

[21]) Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. 2 § 61 I S. 130. Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 § 73 V BG. 301; Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch § 306 Anm. 1.

Vertrag vielmehr gültig.[22] Der Verpflichtete haftet auf das Erfüllungsinteresse, da er durch die Übernahme der Verbindlichkeit sein subjektives Leistungsvermögen garantiert hat. Kann die objektive Unmöglichkeit gehoben werden und ist der Vertrag für den Fall geschlossen, dass die Leistung möglich wird, so steht die Unmöglichkeit der Leistung der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen. BGB. 308 Abs. 1. Andernfalls hat der Verpflichtete, wenn er die Unmöglichkeit kennt oder kennen muss, dem Berechtigten das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, falls dieser auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat. BGB. 307 Abs. 1. Da bei dem obligatorischen Vertrage, durch den die Verpflichtung zur Bestellung des Niessbrauchs begründet wird, meistens auch auf der Gegenseite eine Verpflichtung wird übernommen werden und in einem solchen Falle beide Verpflichtungen im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung stehen werden, so kommen auch die Bestimmungen über gegenseitige Verträge in BGB. 320—327 in Betracht. Besonders verweisen wir auf die Vorschriften der §§ 323 bis 325, welche von der Unmöglichkeit der Leistung handeln. Bei dem Vermächtnisse eines Vermögensniessbrauches ist in zeitlicher Beziehung massgebend der Moment des Erbfalles.[23]

Da ein Inbegriff von Gegenständen herauszugeben ist, so hat der Verpflichtete dem Berechtigten ein Verzeichnis des Vermögensbestandes vorzulegen. BGB.

[22]) Planck Bd. 2 S. 47.
[23]) Vgl. Strauss a. a. O. S. 20.

richtigung der Verbindlichkeit die nicht erforderlichen Gegenstände dem Niessbraucher zurückzugeben und an ihnen von neuem den Niessbrauch zu bestellen. Vernotwendigte sich der Verkauf eines Gegenstandes und war zur Berichtigung der Schuld nur ein Teil des Erlöses erforderlich, so hat der Besteller dem Niessbraucher an dem Überschusse den Niessbrauch einzuräumen. Denn für den Niessbraucher besteht die Verpflichtung zur Zurückgabe und zur Befreiung eines oder mehrerer Gegenstände vom Niessbrauch nur insoweit, als die Zurückgabe zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist.[12] Befriedigt der Besteller die Gläubiger mit Gegenständen, die dem Niessbrauche nicht unterworfen waren, so kann er von dem Niessbraucher nicht etwa Ersatz verlangen, da er ja s e i n e Schulden getilgt hat.[13]

Der Gläubiger des Bestellers, dessen Forderung vor der Niessbrauchsbestellung entstanden ist, kann sich, wie unten zu zeigen ist, an die dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände halten, falls er vom Besteller nicht befriedigt wird. Da nun aber dem Niessbraucher nicht zugemutet werden kann, es darauf ankommen zu lassen, dass der Gläubiger seine Befriedigung aus einem beliebigen Gegenstande sucht, so ist ihm in gewissem Umfange das Recht eingeräumt, zum Zwecke der Bereinigung des Vermögens selbständig vorzugeben.[14] Ist die Forderung auf Leistung eines dem Niessbrauch

---

[12]) Planck Bd. 3 Bem. 5 zu § 1087; Biermann a. a. O. Bem. zu § 1087 sub. a.

[13]) Biermann a. a. O. Bem. zu § 1087 sub a.

[14]) Denkschrift S. 143.

Vorliegens der Voraussetzungen für die Veräusserung im guten Glauben befunden habe.[18] Liegen die Voraussetzungen des § 1087 Abs. 2 Satz 2 vor, so darf der Niessbraucher nicht nach seinem freien Belieben irgend einen Gegenstand veräussern. Er ist vielmehr im Interesse des Bestellers verpflichtet, einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. BGB. 1087 Abs. 2 S. 3. Beobachtet der Niessbraucher diese Vorschrift nicht, sondern veräussert er einen nicht vorzugsweise geeigneten Gegenstand, so wird die Gültigkeit der Veräusserung hierdurch nicht tangirt. Der Niessbraucher macht sich aber, falls er schuldhafter Weise handelt, dem Besteller gegenüber schadensersatzpflichtig.[19] Soweit er zum Ersatze verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräusserung nicht vornehmen. BGB. 1087 Abs. 2 S. 4 Durch diese Bestimmung soll gesagt werden, dass der Niessbraucher, falls er von seinem Rechte, den Gläubiger zu befriedigen, Gebrauch machen will, zunächst den Wertersatz, den er gemäss BGB 1067 schuldet, zu dessen Befriedigung zu verwenden hat. Er soll ihm nicht etwa das Recht zur Veräussarung der verbrauchbaren Sachen abgesprochen werden; denn da er nach 1067 BGB. Eigentümer derselben geworden ist, so kann er sie auch jederzeit veräussern. Nimmt er aber die Veräusserung zwecks

[18]) Planck Bd. 3 Bem. 6 b zu § 1087; Biermann a. a. O. Bem zu § 1087 sub b, A. M. Kipp bei Windscheid § 200 S. 937, nach dem die Veräusserung gültig und nur der Niessbraucher ersatzpflichtig ist.

[19]) Planck Bd. 3 Bem. 6 b zu § 1087.

Befriedigung eines Gläubigers des Bestellers vor, so erfolgt diese nicht für Rechnung des Bestellers, sondern für seine eigne. Auf Grund des § 1067 BGB hat er nach wie zuvor den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten.[20]

Im Allgemeinen ist der Niessbraucher dem Besteller gegenüber nur dann verpflichtet, dessen Gläubiger selbst zu befriedigen, wenn er diese Verpflichtung besonders durch Vertrag übernommen hat.[21] Die Wirksamkeit einer solchen Schuldübernahme hängt nach BGB. 415 von der Genehmigung der Gläubiger ab. Solange die Genehmigung noch nicht erteilt oder wenn sie verweigert ist, ist dennoch der Niessbraucher im Zweifel dem Besteller zur rechtzeitigen Befriedigung der Gläubiger verpflichtet. Von der Übernahme der Verbindlichkeit, die Gläubiger zu befriedigen, abgesehen, ist der Niessbraucher indessen dem Besteller gegenüber in gewissen Fällen kraft positiver Rechtsvorschrift verpflichtet, Verbindlichkeiten desselben zu berichtigen. Der Niessbraucher hat zunächst gemäss BGB. 1088 für die Dauer des Niessbrauchsverhältnisses die Zinsen solcher Forderungen, die zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, zu tragen.[22] Denn dem Niessbraucher

[20]) Stobbe-Lehmann D. Privatrecht II § 135 Anm. 31; Endemann Einf. II. § 106 Note 18; Kuhlenbeck Anm. 2 zu 1087; Staudinger Anm. 3 zu 1087; A. M Biermann a. a. O. Bem. zu § 1087 sub b S. 278.

[21]) Strauss a. a. O. S. 36 bis 38.

[22]) Dass der Niessbraucher am Vermögen im Verhältnisse zu dem Besteller zur Zahlung der Zinsen auf die das Vermögen belastenden Schulden verpflichtet ist, war bereits im früheren Rechte anerkannt und zum Teil ausgesprochen. Vergl. code civil Art. 612 Abs. 2.

sollen nur die Nutzungen zu Gute kommen, die bei ordnungsmässiger Wirtschaft den Reinertrag der dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände bilden. Als wiederkehrende Lesitungen sind die Zinsen aus den Nutzungen des Niessbrauchsvermögens zu bestreiten und nicht aus der Substanz des Vermögens. Da verzinsliche Forderungen nicht notwendig auf Zinsen ausstehende Forderungen sind, so hat der Niessbraucher auch die gesetzlichen Zinsen und auch die Verzugszinsen, falls diese bereits zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs zu leisten waren, zu zahlen.[20] Reichen die Nutzungen zur Zahlung der Zinsen nicht aus, so ist dennoch der Niessbraucher verpflichtet, sämtliche Zinsen zu tragen. Er wird also in einem solchen Falle einen Teil der Zinsen aus seinem übrigen Vermögen zu berichtigen haben.[21] Ausser den Zinsen hat der Niessbraucher dem Besteller gegenüber andere wiederkehrende Leistungen zu tragen, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Niessbrauchs entstanden ist. Zu diesen wiederkehrenden Leistungen gehören insbesondere Renten, Leibrenten, Altenteilspraestationen, auf Vertrag beruhende Alimente, die dem unehelichen Kinde von dem unehelichen Vater zu zahlenden Unter-

[20]) Planck Bd. 3 Bem. 1a zu § 1088; Biermann a. a. O. Bem. zu § 1088; Staudinger a. a. O. Bem. 1 zu § 1088.

[21]) Planck Bd. 3 Bem. 1 a zu § 1088; Biermann a. a. O. Bem. zu § 1088.

haltsbeiträge, nicht indessen die sonstigen vom Besteller zu entrichtenden und auf Gesetz beruhenden Alimentationen. Auch die jährlich zu zahlenden Beiträge für Lebensversicherungen werden wohl hierher zu rechnen sein.[25] „Allerdings macht," wie die Motive[26] richtig bemerken, „die nähere Bestimmung dieser dem Niessbraucher aufzuerlegenden Prästationen einige Schwierigkeit; einerseits kann nicht das äussere Merkmal der gleichmässigsn Verteilung von Leistungen auf einen längeren Zeitraum, z. B. bei Ausbedingung von Zielen für zu berichtigende Kaufgelder, entscheiden, andererseits ist auch nicht gerade eine gleichmässige periodische Wiederkehr der Leistungen zu verlangen, da unter Umständen dem Niessbraucher die Bewirkung auch solcher Leistungen obliegen muss, welche an einem dies incertus quando fällig werden. Die Bezugnahme auf die Verfahrungsweise eines ordentlichen Hausvaters wird indessen ein Unterscheidungsmerkmal bieten, welches genügend deutlich ist und dem Erfordernisse einer wirtschaftlichen Behandlung und Erhaltung des in Niessbrauch gegebenen Vermögensbestandes entspricht." Während der Niessbraucher dem Bestelier gegenüber zur Zahlung der Zinsen unter allen Umständen verpflichtet ist, hat er die hier in Frage stehenden Verbindlichkeiten nur insoweit zu berichtigen, als die durch ordnungsmässige Verwaltung erzielten Einkünfte des Niessbrauchsvermögens reichen. Dies

---

[25]) Planck Bd. 3 Bem. 1 b zu § 1088.
[26]) Motive Bd. 3 S. 565.

erhellt aus der Fassung des § 1088 Abs. 1. S. 2 BGB., wo es heisst „andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden." Es handelt sich mithin nicht um die Einkünfte eines Vermögens, sondern gerade um die des dem Niessbrauch unterliegenden Vermögens. Reichen also die Einkünfte dieses Vermögens trotz ordnungsmässiger Verwaltung zur Berichtigung dieser Verbindlichkeiten nicht aus, so haftet der Niessbraucher dem Besteller für den Fehlbetrag nicht mit seinem eignen übrigen Vermögen. Er ist vielmehr dem Besteller gegenüber nur verpflichtet, den nach Abzug der Zinsen verbleibenden Rest der Einkünfte zur Berichtigung der anderen wiederkehrenden Leistungen zu verwenden. Dafür, dass diese Leistungen trotz ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Niessbrauchsvermögens nicht haben bestritten werden können, wird der Niessbraucher beweispflichtig sein.[27]

Handelt es sich um regelmässig wiederkehrende Lasten, so hat der Niessbraucher dieselben nach dem Verhältnisse der Dauer seiner Verpflichtung zu tragen, andere Lasten hingegen insoweit, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind. BGB. 103.

Im § 1088 stehen nur persönliche Verbindlichkeiten in Frage; handelt es sich um dingliche Belastungen, so kommt für das Verhältnis zwischen Niessbraucher

[27]) Planck Bd 3 Bem. 1 b zu § 1088; Biermann a. a. O. Bem. zu § 1088; Staudinger a. a. O. Bem. 1 zu § 1088.

und Besteller der § 1047 in Betracht, vorausgesetzt jedoch, dass der Besteller zu gleicher Zeit Eigentümer der belasteten Sache ist. Nach BGB. 1047 hat der Niessbraucher für die Dauer des Niessbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluss der ausserordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen von Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen. Wird der Niessbrauch an einem Grundstück letztwillig vermacht und belastet es der Erbe vor der Niessbrauchsbestellung mit einer Hypothek, so hat der Niessbraucher die Zinsen dieser Hypothek, obgleich sie schon zur Zeit der Niessbrauchsbestellung bestand, nicht zu tragen.[28] Auch für Zinserhöhungen, die auf Grund des § 1119 nach der Bestellung des Niessbrauches vorgenommen wurden, wird der Niessbraucher nicht aufzukommen haben.[29] Ferner haftet der Niessbraucher nicht für Verzugszinsen.[30]

Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger kann der Besteller nur

---

[28]) Biermann Bem. zu 1047 sub b; Dernburg § 188 S. 525.

[29]) Biermann Bem. zu § 1047 sub b; Cosack § 216 S. 186; Planck Bem. 2 b β S. 350. A. M. Dernburg § 188 S. 525.

[30]) Biermann Bem. zu § 1047 sub b; Kuhlenbeck Bem. 5 S. 434 A. M. Planck Bem. 2 b β S. 350.

verlangen, wenn der Niessbraucher mit der Erfüllung der ihm nach BGB. 1088 obliegenden Verbindlichkeit in Verzug kommt. BGB. 1088 Abs. 3 S. 2. Da die Berichtigung der Zinsen sowie der sonstigen in BGB. 1088 bezeichneten Ansprüche als eine auf den Nutzungen des Vermögens ruhende Last gilt, so kann der Besteller, wenn er wegen solcher Ansprüche von den Gläubigern belangt wird, Ersatz vom Niessbraucher fordern. Er kann auch in dem Falle, wo der Niessbraucher seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, nicht ohne Weiteres vom Niessbraucher Rückgabe von dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen. Er ist vielmehr nur dann rückforderungsberechtigt, wenn der Niessbraucher mit der Erfüllung der Verbindlichkeit in Verzug kommt. Es genügt indessen nicht, dass der Niessbraucher den Gläubigern gegenüber in Verzug kommt; der Verzug muss vielmehr dem Besteller gegenüber eingetreten sein. Es wird also regelmässig, um den Niessbraucher in Verzug zu setzen, einer Mahnung seitens des Bestellers bedürfen. (BGB. 284.)[31]

Im § 1088 handelt es sich nur um zur Zeit der Niessbrauchsbestellung bereits bestehende Schulden. „Über den Fall, dass während der Dauer des Niessbrauches verzinsliche Schulden im beiderseitigen Interesse behufs Erhaltung des Vermögensbestandes kontrahiert werden, braucht," wie die Motive[32] ausführen,

[31]) Planck Bem. 5 zu § 1088; Biermann a. a. O. Bem. zu 1088; Staudinger a. a. O. Bem. 3 zu § 1088.
[32]) Motive Bd. 3. S. 564.

„eine besondere Bestimmung nicht gegeben zu werden, da es Sache der Beteiligten ist, sich wie über die Kontrahierung der Schuld so auch über die Tragung der Zinsen zu verständigen."

Wir haben wiederholt darauf hingewiesen, dass der Besteller nicht notwendig auch der Eigentümer zu sein braucht. Wie gestaltet sich nun das Verhältnis zwischen Niessbraucher und Besteller, wenn letzterer nicht zugleich auch Eigentümer ist? Der § 1087 BGB. spricht von dem Besteller und nicht von dem Eigentümer. Nur die Schulden des Bestellers kommen in Frage, nur er ist während des Bestehens des Niessbrauches nach Massgabe des § 1087 rückforderungsberechtigt. Der Eigentümer kann seinen Vindikationsanspruch gegen den Niessbraucher erst nach der Beendigung des Niessbrauches geltend machen. Ist es dem Niessbraucher nun unbekannt, dass der Besteller nicht der Eigentümer ist, so steht ihm, falls er unter den Voraussetzungen des § 1087 dem Besteller Gegenstände zur Befriedigung eines Gläubigers zurückgibt, der Schutz des § 1058 BGB. zur Seite. Zu seinem Gunsten gilt alsdann der Besteller als Eigentümer; der wirkliche Eigentümer kann in einem solchen Falle Ansprüche gegen ihn zweifellos nicht herleiten. Weiss der Niessbraucher hingegen, dass der Besteller nicht der Eigentümer ist, so findet die Vorschrift des § 1058 zu seinen Gunsten keine Anwendung. Eine Befreiung könnte dem Eigentümer gegenüber bei Rückgabe von Gegenständen seitens des Niessbrauchers vielmehr nur dann eintreten, wenn sich aus dem qualifizierten

Vermögensniessbrauche für den Niessbraucher die Verpflichtung zur Zurückgabe von Gegenständen an den Besteller, trotzdem dieser nicht Eigentümer ist, ergäbe. Eine solche Verpflichtung kann aber unmöglich als von dem Gesetzgeber gewollt angesehen werden. In diesem Falle ist vielmehr der Niessbraucher berechtigt, die Rückgabe an den Besteller zu verweigern. Es bleibt ihm unbenommen, die Legitimation des Bestellers in Ansehung des einzelnen zurückverlangten Gegenstandes zu bestreiten.[33] Es besteht aber für den Niessbraucher nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, dem Besteller die Zurückgabe zu verweigern. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so macht er sich dem Eigentümer gegenüber ersatzpflichtig, falls dessen Rechte infolge der Zurückgabe beeinträchtigt werden. Falls der Besteller Rückgabe verlangt, hat der Niessbraucher gemäss § 1042 BGB. dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen.[34]

Zum Schlusse soll die Frage geprüft werden, in welcher Weise der Niessbraucher beim Vermögensususfruct auf die dem Niessbrauch unterliegenden Sachen dem Besteller gegenüber einzuwirken berechtigt, und verpflichtet ist, vorausgesetzt, dass der Besteller gleichzeitig der Eigentümer der Niessbrauchssachen ist.[35] Man könnte argumentieren, dass es in Erman-

[33]) Motive Bd. 3 S. 563.
[34]) Planck Anm. 7 b zu 1087.
[35]) Vergl. Kohler, Über den sog. Dispositionsniessbrauch in Iherings Jahrbüchern Bd. 24 Nr. 4; Strauss a. a. O. § 7.

gelung besonderer Vorschriften bei den in den §§ 1036 fg. BGB. aufgestellten Normen verbliebe. Nach diesen Bestimmungen hat der Niessbraucher bei der Ausübung des Nutzungsrechtes die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft zu verfahren. Er ist zwar zu Veränderungen der mit dem Niessbrauch belasteten Sache berechtigt, darf jedoch eine Umgestaltung und wesentliche Veränderung der Sache nicht vornehmen. Ist er Niessbraucher eines Grundstückes, so darf er neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Thon, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstückes dadurch wesentlich verändert wird. Andererseits hat er gemäss BGB § 1041 für die Erhaltung der Sachen in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen. Änderungen und Erneuerungen liegen ihm insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sachen gehören. Besondere Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Niessbrauchers trifft der § 1048 BGB. für den Fall, dass ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs ist. Der Niessbrauch besteht zwar an den einzelnen zu dem Inventar gehörenden Sachen und nicht an dem Inventar als solchem. Indessen erheischt die wirtschaftliche Bestimmung dieser Sachen, als Inbegriff dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks zu dienen, eine besondere Regelung. Eine ordnungsmässige Wirtschaft vernotwendigt nach dem Zwecke und der Natur des Inventars das Ausscheiden

gewisser Inventarstücke und die Einverleibung neuer Stücke. Ein solcher Wechsel der das Inventar bildenden Stücke kann erforderlich werden, weil einzelne Stücke unbrauchbar geworden sind und sich daher für den Zweck, dem sie dienen sollen, nicht mehr eignen, oder, wiewohl sie noch geeignet sind, dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks zu dienen, doch nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft veräussert und durch andere ersetzt werden müssen. Man denke z. B. an Vieh, das zum Zwecke des Verkaufs gemästet wird. Um dem sich hieraus ergebenden Bedürfnisse zu genügen, musste die Dispositionsbefugnis des Niessbrauchers einerseits über das regelmässige Mass erweitert, andererseits mussten seine Pflichten verschärft werden.[36] Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber im § 1048 bestimmt, dass der Niessbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen kann. Er wird zwar nicht wie beim uneigentlichen Niessbrauch Eigentümer der Stücke, kann aber über dieselben kraft seines dinglichen Rechtes ähnlich wie der Pfandgläubiger verfügen, insbesondere dieselben veräussern. Er ist jedoch nicht zu jeder Verfügung berechtigt, er darf vielmehr über die Inventarstücke nur in den Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen. Überschreitet er diese Grenzen, so macht er sich nicht etwa nur schadensersatzpflichtig, während

[36]) Planck Bd. 3 Bem. 1 und 2 zu § 1048.

die Verfügung wirksam bleibt.[37] Andererseits ist die Wirksamkeit der Verfügung nicht davon abhängig, dass sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft liegt.[38] Richtiger Ansicht nach ist vielmehr die vom Niessbraucher vorgenommene Verfügung dem Dritten gegenüber wirksam, wenn sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft liegen kann, es sei denn, dass sie diese Grenzen überschreitet und dies dem Dritten bekannt ist oder bekannt sein muss.[39] Andererseits besteht für den Niessbraucher die Verpflichtung, für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen. Die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, dem das Inventar gehört. Der Eigentumserwerb erfolgt also hier kraft Gesetzes, ohne Wissen oder Willen des Eigentümers. Eine Einverleibung ist dann anzunehmen, wenn die neuen Stücke in den Dienst des Grundstückes gestellt sind.[40] Dieselben werden regelmässig auf das Grundstück zu bringen sein, unbedingt notwendig ist dies zur Einverleibung jedoch nicht. Aus den Worten, „die von ihm angeschafften Stücke" ist zu entnehmen, dass der Eigen-

---

[37]) Biermann a. a. O. Bem. 1 zu § 1048; Fuchs, Grundbuchrecht Erl. zu § 1048 Nr. 1.

[38]) Dernburg, Sachenrecht § 187 Nr. 6a; Strauss a. a. O. S. 60.

[39]) Planck Bd. 3 Bem. 2a zu § 1048.

[40]) Biermann a. a. O. Bem. 1 zu § 1048.

tümer die neuen Stücke nicht erwirbt, wenn sie bei der Einverleibung dem Niessbraucher nicht gehörten. Da Eigentumserwerb hier kraft Gesetzes erfolgt, so wird der Mangel des Eigentums seitens des Niessbrauchers durch den guten Glauben des Eigentümers nicht ersetzt.[41] Für aussergewöhnlichen Abgang hat der Niessbraucher keinen Ersatz zu beschaffen. Doch dürfte er nach § 1045 BGB. regelmässig verpflichtet sein, den Eigentümer des Inventars gegen aussergewöhnliche Verluste durch Versicherungen zu decken.[42] Einer analogen Anwendung dieser Bestimmungen des § 1048 auf den Niessbrauch an einem Vermögen dürfte nun wohl nichts entgegenstehen. Würde es bei den gewöhnlichen Bestimmungen bleiben, so würde der Eigentümer nicht unerheblich benachteiligt werden, und es wünde andererseits der Niessbraucher garnicht in der Lage sein, das Ganze gehörig zu nutzen.[43]

§ 8.

Das Verhältnis der Gläubiger des Bestellers zum Besteller und Niessbraucher.[1]

Durch die Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen tritt für den Besteller eine Befreiung von

[41]) Planck Bem. 2c zu § 1048.

[42]) Biermann a. a. O. Bem. 1 zu § 1048.

[43]) Strauss a. a. O. S. 57 bis 60; vergl. Motive Bd. 2 S. 512, 513, Staudinger a. a. O. Bem. zu § 1048, Planck Bem. 5 zu § 1048, Biermann a. a. O Bem. 4 zu § 1048 und Neumann S. 539, 2. Aufl.

[1]) Strauss, Niessbrauch an einem Vermögen § 6 S. 38—53.

seinen Verbindlichkeiten natürlicher Weise nicht ein. Er haftet vielmehr nach wie zuvor seinen Gläubigern, es sei denn, dass der Niessbraucher durch Vertrag mit denselben die Verbindlichkeiten in der Weise übernommen hat, dass er an die Stelle des bisherigen Schuldners getreten ist, oder dass Niessbraucher und Besteller die Übernahme der Verbindlichkeiten mit liberierender Wirkung für den Besteller vereinbart und die Gläubiger diese Schuldübernahme genehmigt haben. BGB. 414 und 415. Wird der Niessbrauch an einem Vermögen durch Vermächtnis angeordnet, so haftet gemäss BGB 1967 der beschwerte Erbe für die auf dem Vermögen ruhenden Verbindlichkeiten.[2]

Wären besondere Bestimmungen vom Gesetze nicht getroffen, so würden die Gläubiger des Bestellers sich lediglich an dessen Niessbrauchsfreie Vermögen halten können; der bestellte Niessbrauch würde sie an dem Zugriffe auf die belasteten Gegenstände hindern. Weitergehende Rechte würden ihnen nur dann zustehen, wenn Niessbraucher und Besteller zu ihren Gunsten einen Vertrag geschlossen hätten oder sie berechtigt wären, die Bestellung des Niessbrauchs anzufechten.[3]

Nach dem E I war die Stellung der Gläubiger des Bestellers bei dem Niessbrauche an einem Vermögen lediglich dieselbe, wie bei dem gewöhnlichen Niess-

[2]) Strauss a. a. O. S. 39 und 40; Biermann, Sachenrecht Bem. zu § 1088.

[3]) Vergl. Planck Bd. 3 Bem. vor 1 zu § 1086; Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 3, 2. Aufl. S. 340 I; Strauss a. a. O. S. 40; Motive Bd. 3 S. 561; Denkschrift S. 142.

brauch. Ihre Position war nur insofern günstiger, als sie sich den dem Besteller nach E. I 1040 zustehenden Anspruch auf Rückgewähr der mit dem Niessbrauch belasteten Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen lassen und auf diese Weise ohne Rücksicht auf den Niessbrauch die Zwangsvollstreckung betreiben konnten. Dies Verfahren der Gläubiger ist indessen umständlich und entspricht wohl kaum den Interessen des Verkehrs. Es ist ihnen daher vom Gesetze das Recht eingeräumt, ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen zu verlangen, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind. (BGB. § 1086 S. 1.)[4]

Nicht nur von theoretischer, sondern auch von praktiseher Bedeutung ist die Frage, ob den Gläubigern des Bestellers lediglich das Niessbrauchsvermögen haftet oder aber der Niessbraucher neben dem Besteller Schuldner der Gläubiger ist. Man könnte sagen, wie der Niessbraucher trotz seines dinglichen Rechtes es sich gefallen lassen muss, dass der Besteller zwecks Tilgung der vor der Bestellung entstandenen Forderungen Sachen zurückbehält oder zurückfordert, ebenso versage das dingliche Recht des Niessbrauchers den Gläubigern des Bestellers gegenüber insofern, als der Niessbraucher diesen den Zugriff auf das Niessbrauchsvermögen zwecks ihrer Befriedigung gestatten muss. Der Niessbraucher habe mithin nur die Zwangs-

[4]) Vergl. Planck Bd. 3. Bem. vor 1 zu § 1086; Staudinger a. a. O. S. 340 I 1; Strauss a. a. O. S. 41.

vollstreckung in das Niessbrauchsvermögen zu dulden; er sei nicht etwa Schuldner neben dem Besteller, sei daher zur Befriedigung der Gläubiger selbst nicht verpflichtet. Letzteren hafte vielmehr nur das Niesssrauchsvermögen. Diese von den Motiven und den Protokollen geteilte Ansicht liegt bei dem Wortlaute des § 1086 S. 1 BGB. »können Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen« und bei der Fassung des § 737 CPO. a. E. »und der Niessbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist« nur zu nahe. Dieselbe ist indessen, wie Hellwig [5] überzeugend nachgewiesen hat, wegen der praktischen Bedenken, zu welchen sie führt, nicht haltbar und muss als unrichtig bezeichnet werden. Bei dieser Auffasssung könnte der Niessbraucher, bevor der Gläubiger einen Vollstreckungstitel erlangt hat, überhaupt nicht die Vollstreckung dulden und wäre noch weniger in der Lage, den Anspruch eines Gläubigers zu verletzen. Da der Anspruch auf Duldung ein reiner Anspruch auf Unterlassung wäre, so würde ferner eine Klage gemäss § 259 GPO. nur dann zulässig sein, wenn den Umständen nach die Besorgnis begründet wäre, dass der Niessbraucher sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, mithin die Zwangsvollstreckung nicht dulden werde. Für jene Klage auf Duldung wird sich insbesondere ein privatrechtlicher Grund kaum finden lassen. Man müsste denn an-

[5]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 318 Eg. Wie Hellwig Strauss a. a. O. S. 41 fg.

nehmen, dass den Gläubigern an dem Niessbrauchsvermögen ein dieses direkt ergreifendes Recht, dessen Ausübung der Niessbraucher zu dulden habe, zustände. Dieses Recht könnte man nur als eine Art von Pfandrecht konstruieren. Dass die persönlichen Gläubiger nun aber ein solches dingliches Recht nicht haben können, liegt auf der Hand. Richtiger Auffassung nach haftet den Gläubigern vielmehr nicht das Niessbrauchsvermögen, sondern der Niessbraucher selbst.[6] Um die Unrichtigkeit des von uns eingenommenen Standpunktes darzutun, weist Seuffert[7] auf den Wortlaut des § 1087 Abs. 2 BGB. hin, aus dem nur gefolgert werden könne, dass der Niessbraucher die Gläubiger des Bestellers nach Massgabe dieses Paragraphen zu befriedigen berechtigt, aber nicht verpflichtet sei. Die Verpflichtung des Niessbrauchers den Gläubigern des Bestellers gegenüber erschöpfe sich damit, dass er einer Vollstreckung in die dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände nicht mit dem Niessbrauch entgegentrete, sondern die Vollstreckung dulde. Auf diese Einwendung Seufferts ist zu erwidern, dass für die hier erörterte Frage der

[6]) Biermann a. a. O. Bem. 1 zu § 1086 „Wohl aber haftet der Niessbraucher mit den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen"; Planck Bd. 3 Bem. vor 1 zu § 1086 „ein unmittelbares Recht gegen den Niessbraucher auf Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen" A. M. Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. R. Bd. 2. § 100 Anm. 10, „Verpflichtet bleibt nur der Schuldner". Wie Endemann so Kuhlenbeck, Das bürgerl. Gesetzbuch Bd. 2 Bem. 1 zu § 1086 und Seuffert, Kommentar zur CPO. Erl. zu § 737.

[7]) Seuffert a. a. O. Anm. 2c zu § 737.

§ 1087 BGB. überhaupt nicht in Betracht kommen kann, da er nicht das Verhältnis des Niessbrauchers zu den Gläubigern des Bestellers, sondern lediglich das Verhältnis des Niessbrauchers zum Besteller regelt. Der § 1087 Abs. 2 BGB. kann uur dahin interpretiert werden, dass der Niessbraucher dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger berechtigt, nicht aber auch verpflichtet ist. Bezüglich des Verhältnisses zwischen den Gläubigern und dem Niessbraucher normieren die §§ 1086 und 1088 BGB. Als Argument gegen die Richtigkeit unserer Ansicht kann man auch u. E. nicht die Fassung des § 737 CPO. verwenden. Denn da sich der Inhalt der Ansprüche aus dem BGB. und nicht aus der CPO. ergibt, so kann man dem Wortlaute der CPO. für unsere Frage keine Bedeutung beimessen. »Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in bestimmte Gegenstände ist,« wie Hellwig[8] richtig bemerkt, »die generelle Form der Klage, durch welche die beschränkte Haftung eines Schuldners geltend zu machen ist.« Durch den Wortlaut des § 1086 S. 1 BGB. soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass der Niessbraucher nicht mit seinem eigenen gesammten Vermögen haftet, sondern nur mit den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen, also beschränkt. Für unsere Ansicht spricht insbesondere noch der Wortlaut des § 1086 S. 2 BGB. »Hat der Niessbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen

---

[8]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 322,

der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes; der Niessbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet.« Hierdurch soll zweifellos gesagt werden, dass der Niessbraucher neben dem Besteller für dessen Schulden haftet.[9] Ist nun aber der Niessbraucher neben dem Besteller Schuldner der Gläubiger, so genügt er mithin, wie Seuffert annimmt, nicht schon dadurch seiner Pflicht, dass er der Vollstreckung nicht widerspricht. Er hat vielmehr als Schuldner der Gläubiger für deren Befriedigung Sorge zu tragen. Hierzu ist er nach Massgabe des § 1087 Abs. 2 BGB. imstande. Ein Zwiespalt zwischen seinen Pflichten den Gläubigern und dem Besteller gegenüber dürfte nicht zu befürchten sein.[10]

Niessbraucher und Besteller sind gemäss BGB. 421 Gesammtschuldner. Die Gläubiger können also nach ihrem Belieben die Leistung von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Die Leistung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung seitens eines der Schuldner wirkt auch für den anderen. Die Haftung des Niessbrauchers ist nun eine accessorische. Daher entfällt dieselbe, wenn die Verbindlichkeit des Bestellers aus irgend welchem Grunde nicht oder nicht mehr besteht. So befreit trotz der Bestimmung des § 423 BGB. der zwischen dem Gläubiger und dem Besteller geschlossene Erlassvertrag, selbst wenn er nur für den letzteren gemeint ist, notwendiger Weise auch den Niessbraucher. Denn die

[9]) Strauss a. a. O. S. 43.
[10]) Strauss a. a. O. S. 44.

Voraussetzung für die Verbindlichkeit des Niessbrauchers ist die Verbindlichkeit seitens des Bestellers. Andererseits wird aber der Besteller durch einen zwischen Gläubiger und Niessbraucher geschlossenen Erlassvertrag von seiner Verpflichtung nur dann frei, wenn die Vertragschliessenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. BGB. 423. Da die Schuld des Bestellers die Grundlage für die Haftung des Niessbrauchers bildet, so kann sich der Niessbraucher zweifellos auf ein Urteil, in dem die Verbindlichkeit des Bestellers negiert wird, berufen. Ein rechtskräftiges Urteil, in dem die Schuld des Bestellers festgestellt ist, wirkt hingegen noch nicht ohne Weiteres als Feststellung der Verbindlichkeit des Niessbrauchers; letzterer kann den Gläubigern gegenüber beispielsweise geltend machen, dass die Forderung erst nach der Bestellung des Niessbrauchs entstanden ist, in seiner Person Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, die Forderung ihm gegenüber verjährt ist.[11]

Der § 737 CPO bestimmt mit Rücksicht auf BGB. 1086: »Bei dem Niessbrauch an einem Vermögen ist wegen der vor der Bestellung des Niessbrauchs entstandenen Verbindlichkeiten des Bestellers die Zwangsvollstreckung in die dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Niessbrauch zulässig, wenn der Besteller zu der Leistung und der Niessbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist.« Der Gläubiger, der die Zwangsvoll-

[11]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 325 und 318 fg. Strauss a. a. O. S. 44 und 45.

streckung in die dem Niessbrauch unterworfenen Gegenstände betreiben will, bedarf mithin zweier vollstreckbarer Titel, eines Titels gegen den Besteller und eines anderen gegen den Niessbraucher. Letztere Bestimmung hat darin ihren Grund, dass durch die Zwangsvollstreckung in die Niessbrauchsgegenstände auch die Rechte des Niessbrauchers tangiert werden. Die Klage gegen den Niessbraucher auf Duldung unterliegt den allgemeinen Grundsätzen. Hat der Gläubiger ein rechtliches Interesse an alshaldiger Feststellung, so kann er sie also gemäss CPO 256 als Feststellungsklage erheben. In der Regel wird sie als Klage auf Verurteilung zur Leistung oder, wenn die Voraussetzungen der §§ 257 -259 CPO gegeben sind, zur künftigen Leistung in Frage kommen. Dass die Forderung seitens des Niessbrauchers bestritten ist, ist nicht erforderlich. Hat der Anspruch des Gläubigers die Zahlnng einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande, so kann er gemäss CPO 592, wenn die sämtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können, im Urkundenprozesse geltend gemacht werden. Denn im Urkundenprozesse kann nicht nur gegen den Hauptschuldner, sondern auch gegen denjenigen geklagt werden, welcher neben dem Hauptschuldner accessorisch nur beschränkt haftet.[12] Die Klage gegen den Niessbraucher kann mit der Klage gegen den Besteller verbunden werden; beide sind dann einfache Streitgenossen

[12]) Seuffert a. o. O. Anm. 2δ zu § 592.

im Sinne des § 61 CPO. und nicht ohne Weiteres nach CPO. 62 notwendige Streitgenossen.[13] Denn nicht immer wird dem Niessbraucher und Besteller gegenüber das streitige Rechtsverhältnis einheitlich festgestellt werden. Während der Gläubiger mit seiner Klage gegen den Besteller durchdringt, kann er möglicher Weise mit seiner Klage gegen den Niessbraucher abgewiesen werden. Erkennt der Niessbraucher den Anspruch sofort an und hat er durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last. Andernfalls hat der Niessbraucher die Kosten zu tragen, für die er unbeschränkt haftet. Der Gläubiger, welcher Niessbraucher und Besteller nicht zusammen verklagen will, kann je nach seinem Belieben erst gegen den Besteller oder erst gegen den Niessbraucher klagen.[14]

Hat der Gläubiger gegen Besteller und Niessbraucher einen vollstreckbaren Titel erlangt, so kann er nach erfolgter Zustellung (CPO 750) die Zwangsvollstreckung in die dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Niessbrauch d. h. so, als wenn der Niessbrauch nicht bestände, betreiben. Das auf Duldung lautende Urteil wird nicht etwa nach CPO 890 vollstreckt; die Vollstreckung ist vielmehr dieselbe wie bei einem auf Leistung gehenden Urteil.[15] Der Gläubiger kann die im Besitze des Niessbrauchers befindlichen

[13]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 322; Denkschrift bei Hahn-Mugdan Bd. 8 S. 139; Strauss a. a. O. S. 47; Gaupp-Stein, Civilprozessordnung Bd. 2 S 413 A. M. Petersen, Civilprozessordnung Bd. 2 S. 341 Bem. 3.

[14]) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 322; Strauss a. a. O. S. 47; Petersen, Civilprozessordnung. Bd. 2 S. 341 Bem. 3.

[15]) Biermann, Sachenrecht Bem. 2 zu § 1086.

beweglichen Sachen pfänden, die Forderungen des Bestellers pfänden und sich überweisen lassen, die Zwangsvollstreckung in Grundstücke durch Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung oder durch Antrag auf Sicherungshypothek betreiben.

Bezüglich des analogen Falles, der Zwangsvollstreckung in das der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemannes unterliegende eingebrachte Gut der Frau ist Planck[16] der Ansicht, dass die Vollstreckung dadurch bedingt ist, dass der Ehemann die Eigenschaft der in seinem Besitze befindlichen Sachen als zum eingebrachten Gute gehörig anerkenne. Bestreite er dies, so sei der Gläubiger gezwungen, sich den Anspruch der Frau auf Herausgabe der Sachen überweisen zu lassen. Bei dieser Auffassung wäre demnach der Niessbraucher in der Lage, durch einfaches Bestreiten der Zugehörigkeit der Gegenstände zum Niessbrauchsvermögen für den Gläubiger, der glücklicher Weise seine beiden Vollstreckungstitel erlangt hat, die Rechtsverfolgung äusserst zu erschweren und zu verzögern. Man wird sich wohl durch analoge Anwendung des § 786 CPO helfen können.[17] Demnach kann die Vollstreckung in alle im Besitze des Niessbrauchers befindlichen Sachen betrieben werden. Sind Sachen des Niessbrauchers gepfändet, so mag er Widerspruch nach den Vorschriften über die Vollstreckungsgegenklage erheben.[18]

[16]) Planck Erl. 7. Abs. 5 zu § 1411 BGB.
[17]) Hellwig Anspruch u. Klagerecht S. 323.
[18]) Strauss a. a. O. S. 47 u. 48; Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1086,

Die Verurteilung des Niessbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung kann gemäss CPO 794 Abs. 2 dadurch ersetzt werden, dass der Niessbraucher in einer nach CPO 794 Abs. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die dem Niessbrauch unterworfenen Gegenstände bewilligt. Die Urkunde muss von einem deutschen Gerichte oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen und über einen Anspruch errichtet sein, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen ader Wertpapiere zum Gegenstande hat. »Der § 794 Abs. 2 CPO bringt«, wie die Denkschrift zur Novelle zu diesem Paragraphen bemerkt, »für diejenigen Fälle, in welchen die Zwangsvollstreckung neben der Verurteilung des Schuldners zur Leistung noch die Verurteilung eines anderen Beteiligten zur Duldung der Vollstreckung voraussetzt, den Gläubiger in die Lage, gegen den zur Duldung Verpflichteten auf einfacherem Wege einen vollstreckbaren Titel zu erlangen und so die Kosfen und Weiterungen des Prozesses zu vermeiden.«

War der Anspruch des Gläubigers zur Zeit der Niessbrauchsbestellung schon rechtshängig, so findet der § 737 CPO nur insoweit Anwendung, als nicht dem Gläubiger durch den § 265 in Verbindung mit den §§ 325, 727 CPO weitergehende Rechte eingeräumt sind. Die Bestellung des Niessbrauchs an der im Streite befangenen Sache ist nämlich als Veräusserung im Sinne des § 265 zu beurteilen. Durch dieselbe wird der

Niessbraucher zum Rechtsnachfolger des beklagten Bestellers und gleichzeitig nach BGB. 868 zum unmittelbaren Besitzer der beweglichen Sachen. Folglich sind die Bestimmungen des § 727 CPO in Verbindung mit 325 CPO zur Anwendung zu bringen, nach welchen die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Niessbraucher ermöglicht wird, ohne dass es der Vorurteilung desselben zur Duldung der Zwangsvollstreckung bedarf.[19] Letztere ist indessen erforderlich, soweit bei persönlichen Ansprüchen auf Herausgabe und bei Geldforderungen des § 265 nicht Platz greift.[20] Mit Rücksicht hierauf bestimmt der § 738 CPO:

»Ist die Bestellung des Niessbrauchs an einem Vermögen nach der rechtskräftigen Feststellung einer Schuld des Bestellers erfolgt, so finden auf die Erteilung einer in Ansechung der dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils gegen den Niessbraucher die Vorschriften der §§ 727, 730—732 entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt bei dem Niessbrauch an einer Erbschaft für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des gegen den Erblasser ergangenen Urteils.

Die praktische Bedeutung des § 738 liegt also darin, dass auch bei rein persönlichen Sach- und bei Geldforderungen die Klausel gegen den Niessbraucher erteilt

[19]) Seuffert a. a. O. Anm. 5 zu § 737 u. § 738, Anm. 5 zu § 729; Gaupp-Stein a. a. O. Bem. II b zu § 737.

[20]) Gaupp-Stein a. a. O. Bem. II b zu § 737.

werden kann.[21] Die Bestellung des Niessbrauchs muss nach 738 CPO nach der rechtskräftigen Feststellung der Schuld liegen. Als rechtskräftige Feststellung wird auch die auflösend bedingte in einem Vorbehaltsurteile nach § 302, 540, 599 CPO zu gelten haben.[22] Der nach CPO 727 erforderliche Nachweis ist, wenn nicht der in § 738 vorausgesetzte Tatbestand bei dem Gerichte offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führen. Kann derselbe nicht erbracht werden, so hat der Gläubiger bei dem Prozessgericht erster Instanz aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben. CPO 731. Über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt ist. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung kann eine einstweilige Anordnung erlassen werden. CPO 732.

Gehören zu dem Niessbrauchsvermögen verbrauchbare Sachen, so erwirbt der Niessbraucher an diesen gemäss BGB 1067 das Eigentum unter der Verpflichtung,

[21]) Gaupp-Stein a. a. O. Bem. I zu § 738. Siehe Zeitschr. für den Civilprozess v. Busch Bd. XXII S. 363 »Dass die Gläubiger, deren Forderungen vor der Bestellung des Niessbrauchs rechtshängig oder urteilsmässig festgestellt waren, vor den andern begünstigt sind, erklärt sich aus einer, wenn auch weitläufigen, Analogie der Veräusserung der res litigiosa; das Vermögen wird als im Streite befangen behandelt.« Vergl. noch Struckmann-Koch, Civilprozessordnung 7 Aufl. Bem. 1 zu 737.

[22]) Gaupp-Stein a. a. O. Bem. I zu § 738.

dem Besteller nach Beendigung des Niessbrauchs den Wert zu ersetzen. Diese Sachen sind mithin dem Zugriffe der Gläubiger entzogen. Mit Rücksicht hierauf bestimmt der § 1086 S. 2 BGB, dass an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Wertersatz tritt. Mit dieser Bestimmung würde indessen, da ja dem Besteller der Wert erst nach Beendigung des Niessbrauchs zu ersetzen ist, den Gläubigern wenig gedient sein. Das Gesetz schreibt daher weiter vor, dass der Niessbraucher den Gläubigern zum sofortigen Ersatze verpflichtet ist. Als Gläubiger kommen hier auch nur diejenigen in Frage, deren Forderungen bereits vor der Bestellung des Niessbrauches bestanden. Zweifelhaft ist es, in welcher Weise die Gläubiger ihr Recht prozessualisch verwirklichen können. Jedenfalls genügt es, dass der Gläubiger nach Verurteilung des Bestellers zur Leistung und des Niessbrauchers zur Duldung der Zwangsvollstreckung den Ersatzanspruch pfänden und sich überweisen lässt. Zulässig dürfte es indessen auch sein, dass der Gläubiger, wenn er die Verurteilung des Bestellers zur Leistung erwirkt hat, den Ersatzanspruch pfänden und sich überweisen lässt. Macht der Niessbraucher dann geltend, dass er erst nach Beendigung des Niessbrauchs zum Wertersatze verpflichtet sei, so kann der Gläubiger auf Grund des ihm überwiesenen Ersatzanspruches und des § 1086 a. E. auf sofortige Zahlung klagen.[23] Von vornherein gegen den Besteller auf Leistung und den Niessbraucher auf sofortige

[23]) Biermann a. a. O. Bem. 3 zu § 1086; Planck Bem. 4 zu § 1086.

Zahlung zu klagen,[24] dürfte hingegen der Gläubiger nicht berechtigt sein.

Die Gläubiger des Bestellers können, selbst wenn dieser nicht Eigentümer der dem Niessbrauch unterliegenden Sachen ist, trotzdem nach den obigen Grundsätzen die Zwangsvollstreckung in die Niessbrauchsgegenstände betreiben. Derjenige, welcher behauptet, dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung das Eigentum, mithin ein die Veräusserung hinderndes Recht zusteht, hat den Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung gemäss CPO 771 im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt. Dem Niessbraucher ist nicht das Recht einzuräumen, selber die Rechte des Eigentümers wahrzunehmen. Weiss er, dass der Besteller nicht der Eigentümer ist, und kennt er den wirklichen Eigentümer, so hat er diesem nach BGB 1042, da sich der Besteller ein Recht an den Niessbrauchsgegenständen anmasst, unverzüglich Anzeige zu machen. Ist der Niessbraucher in dem Glauben, der Besteller sei der Eigentümer, so entfällt, falls Niessbrauchsgegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung veräussert werden, seine Verpflichtung zur Zurückgabe. Wird bei dem Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes gepfändet und den Gläubigern überwiesen, so ist der

[24]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts § 106 Anm. 11 S. 414; Dernburg, Bürgerliches Recht § 195 S. 546; Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch Anm. 6 zu § 1086; Strauss a. a. O. S. 50 u. 51.

Niessbraucher, wenn er weiss, dass der Besteller den Anspruch abgetreten hat, verpflichtet, den Gläubigern gegenüber geltend zu machen, dass dem Besteller der Anspruch nicht mehr zusteht. Kommt er dieser seiner Verpflichtung nicht nach, so hat er trotz erfolgter Leistung an den Gläubiger demjenigen, der durch die Cession den Anspruch erlangt hat, den Wert der verbrauchbaren Sachen zu ersetzen.[25]

Eine persönliche Haftung des Niessbrauchers für die Schulden des Bestellers findet den Gläubigern gegenüber im Allgemeinen nicht statt. Indessen bestimmt der § 1088 Abs. 1 BGB abweichend vom § 1047 BGB und E I 1041: »Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Niessbrauchs auch von dem Niessbraucher verlangen. Das Gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Niessbrauchs entstanden ist.[26] Niessbraucher und Besteller sind Gesamtschuldner der Gläubiger des Bestellers. Während der Niessbraucher für die Zinsen nach Massgabe des § 1088 BGB unter allen Umständen mit seinem eignen Vermögen haftet, ist er zur Berichtigung anderer wiederkehrenden Leistungen persönlich nur insoweit verpflichtet, als diese bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Ein-

[25]) Planck Anm. 5 zu 1086; Biermann a. a. O. Bem. 4 zu § 1086; Staudinger, Kommentar zum BGB Bd. 3 Bem. 5 zu § 1086.

künften gerade des seinem Niessbrauch unterliegenden Vermögens bestritten werden. Reichen nun trotz ordnungsmässiger Verwaltung die Einkünfte abzüglich der Zinsen zur Berichtigung der anderen wiederkehrenden Leistungen nicht aus, so fragt es sich, in welcher Weise die Gläubiger zu befriedigen sind, ob in der Reihenfolge, in welcher sie sich melden, oder aber verhältnissmässig. Letzteres dürfte wohl dem Institute des Vermögensniessbrauches am meisten entsprechen.[26] Während die Haftung des Niessbrauchers gemäss BGB 1088 dem Besteller gegenüber durch Vereinbarung zwischen Niessbraucher und Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, ist dies den Gläubigern gegenüber nicht zulässig. BGB 1088 Abs. 2. Aus der persönlichen Haftung des Niessbrauchers folgt, dass es zur Zwangsvollstreckung, falls diese in das Vermögen des Niessbrauchers betrieben werden soll, nur eines vollstreckbaren Titels gegen den Niessbraucher bedarf. Richtet sich hingegen die Vollstreckung gegen das Niessbrauchsvermögen, so ist auch noch ein vollstreckbarer Titel gegen den Besteller erforderlich.[27]

Im Anschluss hieran soll die Frage erörtert werden, wie sich die Rechtsverhältnisse gestalten, wenn über das Vermögen 1.) des Bestellers und 2.) des Niessbrauchers der Konkurs eröffnet wird. Hat sich jemand durch einseitigen Vertrag verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben mit einem

[26]) Planck Anm. 5 zu § 1088.

[27]) Strauss a. a. O. S. 51; Planck Erläuterungen zu § 1088; Endemann a. a. O. § 106 S. 414.

Niessbrauche zu belasten, und gerät derselbe nach Abschluss des Verpflichtungsvertrages, aber vor der Perfektion desselben, dem dinglichen Vertrage der Bestellung des Niessbrauchs in Konkurs, so ist der Verpflichtete gemäss KO § 7 nicht mehr in der Lage, den Niessbrauch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam zu bestellen, da Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Der Berechtigte kann, falls es zur Bestellung des Niessbrauchs noch nicht gekommen ist, seine aus dem Verpflichtungsvertrage sich ergebende Forderung nur als Konkursforderung während des Konkurses geltend machen. Dieselbe wird normaler Weise gemäss § 69 KO nach ihrem Schätzungswerte in Reichswährung anzusetzen sein. Soweit der Verpflichtete vor der Eröffnung des Konkurses den Niessbrauch bestellt hat, ist diese Bestellung auf Grund § 7 KO per argumentum a contrario den Konkursgläubigern gegenüber wirksam und kann als ihnen gegenüber unwirksam nur gemäss KO 29—42 innerhalb des Konkurses angefochten werden.

Liegt hingegen ein zweiseitiger Vertrag vor d. h. ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des BGB, und ist von dem Gemeinschuldner und von dem andern Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Konkursverwalter nach § 17 KO an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen. Nach Abs. 2 des § 17 muss der Verwalter auf Erfordern des andern Teiles, auch

wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen. Aus dem Wortlaute des § 17 KO. »von dem Gemeinschuldner und dem andern Teile« ist zu entnehmen, dass die Vorschrift des § 17 dann nicht in Frage kommen kann, wenn auch nur von einer Vertragspartei vollständig geleistet ist. Ist der Niessbrauch bereits bestellt, die Gegenleistung hingegen noch nicht erfolgt, so gehört der Anspruch auf die Gegenleistung zur Konkursmasse. Ist der Niessbrauch noch nicht bestellt, aber die Gegenleistung schon erfolgt, so kann nach KO. 26 Rückgabe nicht verlangt werden; derjenige, dem der Niessbrauch zu bestellen war, kann vielmehr nur eine Forderung wegen der Nichterfüllung als Konkursgläubiger geltend machen. Dem Konkursverwalter steht das Wahlrecht zu, ob er Erfüllung verlangen will oder nicht. Entscheidet er sich ausdrücklich oder stillschweigend für Nichterfüllung, so wirkt diese Entscheidung auch gegen den Gemeinschuldner, so dass auch er nicht mehr auf Erfüllung bestehen kann.[28] Wird der zweiseitige Vertrag seitens der Kontrahenten nach der Eröffnung des Konkurses erfüllt, so ist die Bestellung des Niessbrauches nach § 7 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; dem Niessbraucher ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.

Wird nach der Bestellung des Niessbrauchs der Konkurs über das Vermögen des Bestellers eröffnet, so

[28]) Jäger, Konkursordnung Anm. 49 zu § 17.

gehört zur Konkursmasse nicht nur das niessbrauchsfreie, sondern auch das dem Niessbrauch unterliegende Vermögen des Bestellers. Indessen ist zu beachten, dass das Recht des Niessbrauchers denjenigen Gläubigern entgegensteht, deren Forderungen erst nach der Bestellnng des Niessbrauchs entstanden sind. Diese können Befriedigung aus dem Niessbrauchsvermögen nicht verlangen. Es kommen mithin zwei Gläubigergruppen in Frage, nämlich diejenigen Gläubiger, die Befriedigung aus dem Niessbrauchsvermögen forden können, und diejenigen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Da erstere vor letzteren ein »Vorausrecht« haben, so würde neben dem allgemeinen Konkurs ein Sonderkonkurs über das Niessbrauchsvermögen in Betracht kommen.[29] Die dem Besteller auf Grund des BGB. gegen den Niessbraucher zustehenden Rechte werden während des Konkurses von dem Verwalter ausgeübt. Ist der Niessbraucher zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet, so hat er den Ersatz sofort in die aus dem Niessbrauchsvermögen gebildete Masse zu leisten. Bedarf es zur Befriedigung derjenigen Gläubiger, deren Forderungen vor der Bestellung des Niessbrauchs entstanden sind, nicht der Verwendung des ganzen Niessbrauchsvermögens, so hat der Verwalter dem Niessbraucher die noch vorhandenen Bestandteile des Niessbrauchsvermögens auszuliefern und an ihnen den Niessbrauch wieder einzuräumen.

[29]) Jäger, Konkursordnung Anm. 60 zu § 1.

Gerät der Niessbraucher in Konkurs[30], so werden auch die verbrauchbaren Sachen des Niessbrauchsvermögens von dem Konkursverfahren umfasst, da der Niessbraucher nach BGB. 1067 Eigentümer derselben geworden ist. Hingegen fällt weder das übrige Niessbrauchsvermögen als framdes Vermögen noch das Niessbrauchsrecht selbst in die Konkursmasse; denn letzteres ist gemäss BGB. 1059 unübertragbar und daher der Zwangsvollstreckung und folglich auch dem Konkurse nicht unterworfen. Wohl aber gehört das übertragbare Recht zur Ausübung des Niessbrauches zur Konkursmasse. Letzteres ist von dem Konkursverwalter für die Gläubiger des Niessbrauchers zu verwerten. Normaler Weise wird dasselbe vom Verwalter zu verpachten sein, und derselbe hat alsdann die während des Verfahrens verfallenden Pachtzinsen zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Ist die Verpachtung des Rechtes nicht möglich oder entspricht sie den Interessen der Konkursgläubiger nicht, so hat der Verwalter die Nutzungen selber zu ziehen und zur Masse abzuführen.[31] Da das Niessbrauchsvermögen — von den verbrauchbaren Sachen abgesehen — nicht zur Konkursmasse gehört und daher vom Konkursverfahren nicht ergriffen wird, so können die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen vor der Niessbrauchsbestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den

---

[30]) Jäger, a. a. O. Anm. 39—41 zu § 1; Strauss a. a. O. S. 51—53.

[31]) Jäger, Kommentar zur KO. § 1 Anm. 39; Strauss a. a. O. S. 52.

Konkurs des Niessbrauchers ihre Befriedigung aus den dem Niessbrauch unterliegenden Gegenständen suchen. Sie haben nach wie vor die Befriedigung von dem Niessbraucher zu verlangen und haben, falls sie die Zwangsvollstreckung in das Niessbrauchsvermögen betreiben wollen, eine Verurteilung des Niessbrauchers und nicht etwa des Verwalters zur Duldung der Zwangsvollstreckung zu bewirken. Denn der Verwalter ist auf Grund des zur Konkursmasse gehörenden rein persönlichen Rechtes zur Ausübung des Niessbrauchs nicht zur Verfügung über die Niessbrauchsgegenstände, mithin auch nicht zur Leistung an die Gläubiger des Bestellers aus dem Niessbrauchsvermögen berechtigt. Seine Aufgabe besteht vielmehr lediglich darin, aus den Nutzungen des Niessbrauchsvermögens die Gläubiger des Niessbrauchers zu befriedigen. Weil das dingliche Recht als zur Konkursmasse nicht gehörend von dem Konkursverfahren nicht ergriffen wird, so ist auch der Niessbraucher nach wie zuvor zur Duldung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen.[32] Diejenigen Gläubiger des Bestellers denen der Niessbraucher auch mit seinem eignen Vermögen haftet, können sich entweder an das

---

[32]) A. M. Strauss S. 52: »Nur weil der Verwalter mittelbarer oder auch unmittelbarer Besitzer der Niessbrauchsobjekte ist, demnach dieser und nicht mehr der Usufructuar das Dispositionsrecht behufs Schuldentilgung hat, muss die Klage »auf Duldung der Zwangsvollstreckung« gegen den Verwalter erhoben werden.« Uns scheint der von Strauss gezogene Schluss fehlsam zu sein; aus dem Besitze als solchem ist ein Dispositionsrecht noch nicht herzuleiten.

Niessbrauchsvermögen halten oder aber ihre Ansprüche im Konkurse des Niessbrauchers geltend machen.

Ist der Niessbrauch ein uneigentlicher, so ist der Niessbraucher den Gläubigern des Bestellers gegenüber zwar gemäss 1086 BGB. zum sofortigen Ersatze, dem Besteller aber nach 1069 BGB. zum Ersatze erst nach Beendigung des Niessbrauches verpflichtet. Diese betagte Forderung des Bestellers gilt indessen gemäss KO. 68 als fällig. Sie ist auf den Betrag zu reduciren, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Beendigung des Niessbrauches dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt. Ist der Zeitpunkt der Beendigung des Niessbrauchs unbestimmt, so hat eine Schätzung der Dauer des Niessbrauchs zu erfolgen. Der Besteller ist wegen seines Anspruches Konkursgläubiger (KO. 61_6).[32]

§ 9.

Der Niessbrauch an einer Erbschaft.

»Da bei Erbschaften der legierte Niessbrauch nicht selten sein wird, auch die Bestellung des Niessbrauches an einer erworbenen Erbschaft vorkommen kann, so empfiehlt es sich, die innerlich gerechtfertigte Anwendbarkeit der Vorschriften über den Niessbrauch an einem Vermögen auf die Fälle des Niessbrauches an Erbschaften oder Erbschaftsquoten hervorzuheben« [1]

---

[32]) Strauss a. a. O. S. 53; Jäger a. a. O. Anm. 40 zu § 1.

[1]) Motive Bd. 3 S. 565.

Auf Grund dieser Erwägungen bestimmt der § 1089 BGB: »Die Vorschriften der §§ 1085 bis 1088 finden auf den Niessbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung.« Nach dem BGB., welches den Standpunkt vertritt, dass zum Übergange des Eigentums die blosse Willenserklärung im Allgemeinen nicht genügt, und daher das gemeinrechtliche Vindikationslegat nicht zugelassen hat,[2] erwirbt der Bedachte gemäss § 2174 BGB. gegen den Beschwerten nur ein obligatorisches Recht auf Bestellung des Niessbrauchs. Die Bestellung des Niessbrauchs selbst erfolgt durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, nämlich durch Einräumung des Niessbrauchs an den einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen seitens des Beschwerten. Das den Gläubigern des Bestellers in § 1086 BGB. eingeräumte Recht steht nur den Nachlassgläubigern bezüglich der Nachlassverbindlichkeiten zu, nicht auch den sonstigen Gläubigern des Bestellers. Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören ausser den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen. BGB. 1967 Abs. 2. Neben den vom Gesetz besonders aufgeführten Verbindlichkeiten kommen u. a. in Betracht die Verpflichtung des Erben zur Tragung der Kosten der standesmässigen Beerdigung des Erblassers, zu Gewährung des Dreissigsten, die durch die Testamentseröffnung, die gerichtliche Sicherung des Nachlasses,

[2]) Motive Bd. 5 S. 134, 135; Strauss a. a. O. S. 63 und 64.

die Nachlasspflegschaft oder Nachlassverwaltung, das Aufgebot der Nachlassgläubiger, die Inventarerrichtung etc. erwachsenen Kosten.[3] Das durch den § 1086 gewährte Recht haben alle Nachlassgläubiger, selbst diejenigen, deren Forderungen erst nach der Bestellung des Niessbrauchs entstanden sind. Dies folgt aus der Natur des Niessbrauchs an einer Erbschaft. Die Bestellung des Niessbrauchs braucht nicht durch den Erben erfolgt zu sein. Ist z. B. der Niessbrauch rechtswirksam durch den Erbschaftsbesitzer bestellt, so steht den Nachlassgläubigern das Recht des § 1086 zu, wiewohl sie nicht Gläubiger des Erbschaftsbesitzers, des Bestellers sind. Es genügt vielmehr, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind, die Gläubiger nämlich Nachlassgläubiger und die beanspruchten dem Niessbrauch unterliegenden Gegenstände Nachlassgegenstände sind. Der Besteller kann nur wegen Nachlassverbindlichkeiten Rückgabe der zur Befriedigung erforderlichen Gegenstände verlangen, nicht auch wegen seiner sonstigen Verbindlichkeiten. Dies Rückforderungsrecht steht nicht dem Erben als solchem, sondern nur dem Besteller zu, dem Erben also nur, wenn er Besteller ist. Ist der Erbe nicht der Besteller, so wird er Abtretung des Rückforderungsrechtes vom Besteller auf Grund seines Erbschaftsanspruches verlangen müssen, falls er vom Niessbraucher während des Bestehens des Niessbrauches Rückgabe von Niessbrauchsgegenständen fordern will. Weiss der Niessbraucher, dass der Be-

[3]) Planck Bd. 5 Bem. 2 zu § 1967.

steller nicht der wirkliche Erbe ist, so wird er durch Leistung an den Besteller nicht von seiner Verpflichtung zur Leistung an den Erben befreit. Das Recht des § 1087 Abs. 2 hat der Niessbraucher nur bezüglich der Nachlassverbindlichkeiten. Die Rechte des § 1088 gegen den Niessbraucher stehen dem Besteller und den Nachlassgläubigern zu. Die Verpflichtung des Niessbrauchers besteht bezüglich der Zinsen und anderer wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Einkünften des Nachlasses bestritten werden. Ist der Besteller nicht der Erbe, so kann letzterer vom Besteller Abtretung seines Anspruches gegen den Niessbraucher mit der Erbschaftsklage erzwingen.[4]

Ist der Niessbrauch an dem Bruchteil einer Erbschaft legiert, so gelten die obigen Grundsätze, falls der Besteller der einzige Erbe ist. Besonderheiten ergeben sich, wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Niessbrauch an einem Erbteile bestellt werden soll. Während der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen kann, kann er gemäss BGB. 2033 über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen. Die zweite Kommission ist von der Erwägung ausgegangen, dass die Gemeinschaft der Miterben in der Regel nur eine vorübergehende sein wird, das Vorkaufsrecht gegen das Eindringen eines Fremden hinreichend Schutz bietet, die Über-

[4]) Planck Bem. 1 zu § 1089; Biermann a. a. O. Bem. 1 zu § 1089; Staudinger a. a. O. Bem. 1 zu § 1089.

tragbarkeit des Anteils dem Miterben eine Verwertung ermöglicht und die bei der Erbengemeinschaft vorhandenen Härten mildert. Aus diesen Gründen hat sich die zweite Kommission entschlossen, abweichend von der Regelung der übrigen Gemeinschaften zur gesamten Hand und, wiewohl der Universalerbe über die ihm angefallene Erbschaft als Ganzes nicht dinglich verfügen kann, dem Miterben das Recht zur Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse einzuräumen. Steht nun dem Miterben dies Recht zu, so kann er auch den Niessbrauch an seinem Nachlassanteile bestellen[5]. Der bestellte Niessbrauch ist der Niessbrauch an einem Rechte, und es finden daher auf ihn die Vorschriften über den Niessbrauch an Rechten Anwendung. Die Bestellung bedarf gemäss BGB. 2033 Abs. 1 S. 2 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Auf das Verhältnis des Bestellers zu den übrigen Miterben findet der § 1066 BGB. entsprechende Anwendung. Die Rechte des Bestellers, die sich aus der Gemeinschaft der Miterben in Ansehung der Verwaltung und der Art der Benutzung ergeben, werden demnach von dem Niessbraucher ausgeübt. Die Aufhebung der Erbengemeinschaft kann nur von dem Besteller und Niessbraucher gemeinschaftlich verlangt werden. Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Niessbraucher der Niessbrauch an den an die Stelle des Anteils tretenden Gegenständen.[6]

[5]) Planck Bd. 5 Bem. 1 zu § 2033.

[6]) Kuhlenbeck, BGB. Bem. 1 zu § 1089; Staudinger a. a. O. Bem. 3 zu § 1089; Planck Bd. 3 Bem. 2 zu § 1089; Biermann a. a. O. Bem. 2 zu § 1089. Abweichend O. L. G. Bamberg, Rechtspr. Bd. 1 S. 19.

Da nach dem BGB. der Legatar gegen den Beschwerten nur eine Forderung auf Bestellung des Niessbrauchs hat, so kann der mit dem Vermächtnisse des Niessbrauchs beschwerte Erbe bis zur Bestellung des Niessbrauchs zum Nachteile des Vermächtnisnehmers über die Gegenstände, an welchen der Niessbrauch zu bestellen ist, verfügen und auf diese Weise die Bestellung des Niessbrauchs überhaupt unmöglich machen. Um dem vorzubeugen, kann der Testator einen Testamentsvollstrecker ernennen. Dieser hat alsdann, da er die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat, anstatt des Erben den Niessbrauch zu bestellen. Er hat den Nachlass zu verwalten, ist insbesondere berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über die Nachlassgegenstände zu verfügen, während der Erbe über die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände nicht verfügen kann. BGB. 2203, 2205, 2211. Immerhin wäre aber auch durch den Testamentsvollstrecker eine Gefährdung der Interessen des Vermächtnisnehmers durch nachteilige Verfügungen über Nachlassgegenstände möglich. Will daher der Testator dem Vermächtnisnehmer eine möglichst sichere Position verschaffen, so wird er dies nur dadurch erreichen können, dass er den Legatar selbst zum Testamentsvollstrecker ernennt. Einer solchen Ernennung steht nichts im Wege. Indessen dürfte durch die Ernennung des Niessbrauchers zum Testamentsvollstrecker nicht immer die Absicht des Testators erreicht werden, dessen Wille in sehr vielen Fällen dahin gehen wird, dass seinen zu Erben

eingesetzten Kindern die Verwaltung bis zum Tode des überlebenden Ehegatten, dem er den Niessbrauch vermacht hat, genommen und von dem überlebenden Ehegatten ausgeübt wird. Denn da das in BGB. 2205 statuirte Recht der Verwaltung nicht ein selbstständiges Recht, vielmehr nur Mittel zu dem Zwecke ist, dem Testamentsvollstrecker die Durchführung seiner eigentlichen in BGB. 2203 und 2204 normirten Aufgaben zu ermöglichen, so entfällt jenes Recht der Verwaltung mithin, sobald der zum Testamentsvollstrecker ernannte, mit dem Niessbrauche bedachte Ehegatte, seinen ihm als Testamentsvollstrecker obliegenden Verpflichtungen nachgekommen ist. Mit Rücksicht hierauf bestimmt das Gesetz in 2209: »Der Erblasser kann einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen; er kann auch anordnen, dass der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst angewiesenen Aufgaben fortzuführen hat.« Dieses Recht der Verwaltung ist im Gegensatze zu der gewöhnlichen Verwaltung des § 2205 ein selbständiges Recht.[7] »Während die Verwaltung nach § 2205 nur die Abwickelung der schwebenden Geschäfte sowie die Flüssigmachung der zur Ausführung

[7]) Im bisherigen Rechte war bestritten, ob der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses als selbständige Aufgabe übertragen könne. Vergl. Eccius IV § 255 Anm. 29 fg und Rehbein Obertribunalsentsch. II S. 518 einerseits und Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung (1900) S. 50 fg andererseits.

der letztwilligen Verfügungen und zur Verteilung des Nachlasses erforderlichen Mittel zum Gegenstände hat, ist die Verwaltung nach § 2209 als dauernde auf die Nutzbarmachung des Vermögens und die Erzielung von Erträgnissen gerichtet«.[8] Hierdurch ist es dem Testator ermöglicht, dem Niessbraucher die Stellung eines Familienoberhauptes einzuräumen und eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz seiner Erben zu verhüten. Im Zweifel ist anzunehmen, dass dem Testamentsvollstrecker des § 2209 die Ermächtigung, für den Nachlass unbeschränkt Verbindlichkeiten einzugehen, vom Erblasser erteilt ist. BGB. 2209 S. 2 und 2208 S. 1. Sind seit dem Erbfalle dreissig Jahre verstrichen, so wird die nach § 2209 getroffene Anordnung unwirksam. Indessen kann der Erblasser anordnen, dass die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder des anderen fortdauern soll. Ist der Erbe oder der Testamentsvollstrecker, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es aber bei der dreissigjährigen Frist. BGB. 2210[9].

Ist der Niessbraucher Testamentsvollstrecker nach Massgabe des § 2209, so sind die Rechte, welche ihm als Testamentsvollstrecker zustehen, scharf von den Rechten zu unterscheiden, welche er auf Grund seiner

[8]) Planck Anm. 1 zu § 2209 S. 404.

[9]) Vergl. Strauss a. a. O. § 8; Planck Erläuterungen zu § 2209, 2210.

Stellung als Niessbraucher hat.[10] Als letzterer ist er nie befugt, die Rechte des Bestellers im Prozesswege geltend zu machen, während, falls er Testamentsvollstrecker ist, ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht nur von ihm, folglich nicht auch von dem Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann.

§ 10.

Niessbrauch an einem Geschäftsvermögen, insbesondere einem Handelsvermögen.[1]

Wir haben schon oben im § 62 gesehen, dass Geschäft und Geschäftsvermögen nicht identische Begriffe sind, dass das Geschäft im Gegensstz zum Geschäftsvermögen vielmehr etwas rein Tatsächliches ist. Da der Niessbrauch nur an Sachen und Rechten bestehen kann, so ist er folglich an einem Geschäfte als einem tatsächlichen Begriffe nicht denkbar. Es kann also nicht das Geschäft selber, sondern nur das Geschäftsvermögen mit einem Niessbrauch belastet werden.[2]

Das Geschäftsvermögen ist nicht ein Bruchteil des gesamten Vermögens; es ist vielmehr ein besonderer

---

[10]) Strauss a. a. O.S. 70 bis 74; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 220 ff und 244 ff.

[1]) Strauss, Niessbrauch an einem Vermögen § 9, S. 74—80.

[2]) Wenn die Motive in Bd. 3, S. 559 von dem Niessbrauch an einem Erwerbsgeschäfte sprechen, so liegt der Grund hierfür darin, dass sie Geschäft und Geschäftsvermögen identifizieren. Wie in den Motiven, so ist auch bei Planck Bd. 3, Bem. 3 S. 396, Biermann, Sachenrecht (1903) Bem. 5 zu § 1085 u. a. von dem Niessbrauche an einem Geschäfte die Rede.

Vermögensbestandteil, ein Sondervermögen. Wir haben bereits oben im § 4 hervorgehoben, dass in den §§ 1085 fg. des BGB. nur der Niessbrauch an einem ganzen Vermögen und an einem Bruchteile desselben geregelt ist und daher der Niessbrauch an einem Sondervermögen nicht ohne weiteres diesen gesetzlichen Bestimmungen untersteht. Da er auch sonst im Gesetze nicht eine besondere Regelung erhalten hat,[3] so gelten demnach für denselben lediglich die Bestimmungen über den Niessbrauch an Sachen und Rechten. Geht dem dinglichen Vertrage der Bestellung ein obligatorischer Vertrag voraus, durch den sich jemand einem andern gegenüber verpflichtet, das Geschäftsvermögen mit einem Niesshrauch zu belasten, so bedarf dieser Verpflichtungsvertrag auch nicht der im § 311 BGB. vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form; denn der § 311 BCB. hat nur das ganze Vermögen oder einen Bruchteil desselben im Auge.[4] Möglicher Weise kann sich allerdings das Geschäftsvermögen mit dem ganzen Vermögen decken, so bei einer iuristischen Person z. B. einer Aktiengesellschaft. Hier muss natürlich die Formvorschrift des § 311 beobachtet werden.[5] Da die offene Handelsgesetlschaft eine juristische Person nicht ist, das Geschäftsvermögen nicht der Gesellschaft, sondern den Gesellschaftern gehört und diese ausser dem Geschäftsvermögen noch

[3]) Siehe Motive Bd. 3, S. 559 u. 560.
[4]) Vergl. Staub, Kommentar zum HGB. 7. Auflage § 22 A. 12; Strauss a. a. O. S. 75.
[5]) Biermann, Sachenrecht 2. Aufl. S. 275.

Privatvermögen haben werden, so dürfte der § 311 BGB. für die offene Handelsgesellschaft nicht in Frage kommen.[6] In Ermangelung besonderer Parteivereinbarungen ist als gewollt anzusehen, dass der Niessbrauch an allen zu dem Geschäftsvermögen gehörenden Gegenständen zu bestellen ist, also an sämtlichen Immobilien, Mobilien und Rechten, soweit an diesen der Niessbrauch zulässig ist. Von besonderer Bedeutung für den Niessbrauch an einem Geschäftsvermögen ist der § 92 BGB., der in seinem zweiten Absatze bestimmt, dass als verbrauchbar auch bewegliche Sachen gelten, die zu einem Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in der Veräusserung der einzelnen Sachen besteht. Auch an diesen erwirbt der Niessbraucher gemäss BGB. 1067 das Eigentum[7]. Bezüglich der Forderungen normieren die §§ 1074 und 1075 BGB. Die Intentionen der Parteien werden wohl meistens dahin gehen, dass das Geschäft von dem Niessbraucher fortgeführt werden soll, und zwar so fortgeführt werden soll, wie es durch den Besteller betrieben werden konnte. Ist dies der Fall, so hat letzterer demnach den Niessbraucher über Lieferanten, Kunden, Geschäftsgeheimnisse etc. in Kenntnis zu setzen, insbesondere hat er sich jeder Störung des Niessbrauchers bei Aus-

---

[6]) Biermann a. a. O. S. 275, Staub a. a. O. § 22 A. 12; A. M. K. Lehmann, Kommentar zum HGB. § 25, Bem. 5, S. 92.

[7]) Planck Bd. 3, Bem. 3, S. 396; Strauss a. a. O. S. 78; Biermann a. a. O. Bem. 5 zu § 1085.

übung der Chancen zu enthalten.[8] Da er für Gelegenheit der Ausnutzung der Chancen Sorge zu tragen hat, so hat er auch dem Niessbraucher die Handelsbücher zu dessen Orientierung zu übergeben.[9] Diese Verpflichtung des Bestellers ergiebt sich lediglich aus der Absicht der Parteien, dass eben das Geschäft von dem Niessbraucher in der bisherigen Weise fortgeführt werden soll; sie hat mit der Bestellung des Niessbrauchs am Geschäftsvermögen nichts zu tun. Andererseits besteht für den Niessbraucher die Verpflichtung, das Geschäft in ordnungsmässiger Weise fortzuführen und es bei Beendigung des Niessbrauchs in dem Zustande zu hinterlassen, wie es sich bei der Fortführung eines bonus vir gestaltet haben würde. Da er das Geschäft wie ein guter Hausvater zu führen und zu erhalten hat, so steht ihm auch nicht das Recht zu, das Geschäft ohne Einwilligung des Bestellers aufzulösen.[10] Was die Geschäftsschulden anbelangt, so gehen diese nicht etwa als gesetzliche Folge der Geschäftsführung seitens des Niessbrauchers auf diesen von selbst über.[11] Auch ist der Parteiwille nicht dahin zu interpretieren, dass alle Schulden, die nicht ausgenommen sind, auf den Niessbraucher übergehen sollen.[12] Indessen sind die Vorschriften des

[8]) Strauss a. a. O. S. 75; vergl. für den Fall der Veräusserung Staub a. a. O. § 22 A. 19.

[9]) ROHG. XIX. S. 419; K. Lehmann a. a. O. S. 92 Nr. 5γ, Nr. 6b.

[10]) Strauss a. a. O. S. 79.

[11]) Staub a. a. O. § 22, A. 21.

[12]) Makower, 11. Aufl. Anm. 22d; Simon in GZ. 24, S. 91; K. Lehmann a. a. O. Nr. 3 zu § 25, S. 91. A. M. Staub a. a. O. § 22 A. 21; Strauss a. a. O. S. 76.

§ 1087 und des § 1088 Abs. 3 BGB. als stillschweigend von den Parteien vereinbart anzusehen.[13] Der Niessbraucher hat daher, falls er die Gläubiger des Bestellers nicht selbst befriedigt, letzterem die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände herauszugeben Er hat ferner die Zinsen und sonstigen wiederkehrenden Leistungen aus früheren Geschäftsschulden zu berichtigen. Diese Verpflichtung besteht indessen nur dem Besteller gegenüber, nicht etwa auch den Gläubigern gegenüber. Diesen haftet nnmittelbar der Niessbraucher nicht.[14] Eine Verpflichtung zur Tilgung der Geschäftsschulden besteht vielmehr für den Niessbraucher den Gläubigern des Bestellers gegenüber nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 414 und 415 BGB. gegeben sind oder ein Vertrag zu Gunsten der Gläubiger im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB. zwischen Niessbraucher und Besteller abgeschlossen ist oder sich endlich der Niessbraucher für die Schuld des Bestellers verbürgt hat. Soll nach den Intentionen der Parteien das Geschäft von dem Niessbraucher fortgeführt werden, so dürfte sich wohl hinsichtlich der Nutzungen der § 1655 BGB. zur analogen Anwendung eignen.[15] Dem Niessbraucher steht demnach nicht an den einzelnen zum Geschäffsvermögen gehörenden Gegensfänden ein

---

[13]) Planck III, Bem. 3, S. 396; K. Lehmann a. a. O. Nr. 5 zu § 25 S. 92.

[14]) Dies nimmt Biermann, Sachenrecht S. 274 und 275 zu Unrecht an.

[15]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Sachenrecht S. 537; Planck III, Bem. 3, S. 396; Strauss a. a. O. S. 79 u. 80; Staudinger a. a. O., Bem. 2 zu § 1085.

Nutzungsrecht zu; es gebührt ihm vielmehr der jährliche Reingewinn, der sich aus dem mit dem Geschäftsvermögen geführten Betriebe ergiebt. Ergiebt sich in einem Jahre ein Verlust, so ist der Gewinn späterer Jahre zur Ausgleichung zu bringen, nicht aber auch der Gewinn früherer Jahre, selbst nicht bis zum Belaufe der erfolgten Bereicherung.[16]

Besondere Bestimmungen gelten, wenn der Niessbrauch an einem Handelsvermögen bestellt und die Fortführung des Geschäftes seitens des Niessbrauchers von den Parteien vereinbart wird. Wird nämlich ein Handelsgeschäft auf Grund eines Niessbrauches übernommen, so darf der Niessbraucher gemäss HGB. § 22 für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Zusetzung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Einwilligung hat also ausdrücklich, wenn auch nicht notwendig mit Worten[17] zu erfolgen; das blosse Dulden der Fortführung genügt nicht Von weit grösserer Bedeutung als der § 22 ist der § 25 HGB., der das Verhältnis des Erwerbers des Geschäftes zu den Geschäftsgläubigern und Geschäftsschuldnern regelt. Es mag dahin gestellt bleiben, ob der § 25 HGB. auch die Überlassung des Geschäftes auf Zeit, für die Dauer des Niessbrauches oder der

[16]) Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch § 1655, A. 4; Motive IV, S. 782 ff.

[17]) ROHG. X, S. 291; K. Lehmann a. a. O. Nr. 7 zu § 22.

Pacht hat treffen wollen; jedenfalls dürfte, falls der unterstellte Fall seine Regelung durch den § 25 nicht sollte erhalten haben, einer analogen Anwendung desselben nichts entgegenstehen.[18] Das Handelsgeschäft muss zunächst unter Lebenden erworben sein; mithin scheidet aus der Erwerb durch Vermächtnis als Erwerb von Todes wegen.[19] Hat nun der Niessbraucher das Handelsgeschäft unter Lebenden erworben, und wird dasselbe von ihm unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt, so haftet er für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Gleichgiltig ist, ob die Geschäftsschulden fällig waren oder erst fällig werden;[20] ob sie bedingt oder unbedingt sind, ob sie auf Geldleistungen oder andere Leistungen gehen, ob sie auf Vertrag oder Gesetz beruhen. Selbst Verbindlichkeiten zu Leistungen rein persönlicher Art gehören hierher, es würde dann unter Umständen eine Schadensersatzpflicht seitens des Niessbrauchers eintreten.[21] Diese Haftung besteht, gleichviel ob der frühere Inhaber in die Fortführung der Firma gewilligt hat oder nicht. Der Umstand weiter, dass der Niessbraucher die Verbindlichkeiten nicht gekannt hat, ist ohne Bedeutung. Diese Haftung ist ferner unabhängig davon, ob inter partes ein Passivenübergang vereinbart ist oder nicht.

[18]) Für analoge Anwendung spricht sich Staub a. a. O. § 25 A. 1 aus.

[19]) Staub a. a. O. § 25 A. 2.

[20]) ROHG. VIII S. 385.

[21]) K. Lehmann a. a. O. Nr. 9 zu § 25.

Denn sie ist nicht auf den Willen der Vertragschliessenden zurückzuführen, beruht vielmehr lediglich auf der Tatsache, dass das Geschäft unter Lebenden erworben und unter der bisherigen Firma fortgeführt wird. Die Haftung tritt daher selbst dann ein, wenn der Übergang der Passiva auf den Niessbraucher seitens der Parteien ausgeschlossen ist. Da die Basis der Haftung der in der Fortfirmierung sich ausprägende einseitige Verpflichtungswille ist,[22] sind Einwendungen aus dem internen Verhältnisse zwischen Besteller und Niessbraucher ausgeschlossen. Wohl aber kann der Verpflichtungsgrund, nämlich die Fortführung des Geschäftes unter der bisherigen Firma nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden. Sollen nach den Intentionen der Parteien alle oder einzelne Schulden auf den Niessbraucher nicht übergehen, so tritt eine Befreiung des letzteren von der Haftung gemäss § 25 Abs. 2 HGB. nur dann ein, wenn die abweichende Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Niessbraucher oder dem Besteller dem Dritten mitgeteilt worden ist. Die Eintragung der Vereinbarung muss gleichzeitig mit der ungesäumt betriebenen[23] Eintragung des neuen Firmeninhabers erfolgen, zu dieser Eintragung muss die amtliche Publikation hinzutreten; die Mitteilung an den Dritten hat sofort bei Fortführung des Geschäftes zu geschehen.[24] Infolge der Haftung des Niessbrauchers

[22]) K. Lehmann a. a. O. Nr. 8 zu § 25.

[23]) Wolff in Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht XXXXVII S. 261.

[24]) K. Lehmann a. a. O. Nr. 8 u. 9 zu § 25; Staub a. a. O. § 25 A. 8.

für die Geschäftsschulden des Bestellers wird letzterer nicht etwa von seiner Haftung frei, da eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 BGB. nicht vorliegt. Es tritt vielmehr der Niessbraucher neben den Besteller als Schuldner; beide haften den Gläubigern als Gesamtschuldner.[25] Indessen verjähren nach § 26 HGB. die Ansprüche der Gläubiger gegen den Besteller mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt. Sind die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1, S. 1 HGB. gegeben, so wird nicht nur ein direktes Verhältnis zwischen Geschäftsgläubigern u. Niessbraucher hergestellt, sondern auch ein direktes Verhältnis zwischen Geschäftsschuldnern und Niessbraucher allerdings unter der weiteren Voraussetzung, dass der bisherige Inhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. In diesem Falle gelten nämlich die in dem Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Niessbraucher übergegangen. HGB. § 25 Abs. 1 S. 2. In dieser Bestimmung des HGB. ist nicht etwa eine gesetzliche Cession zu erblicken;[26] denn die Forderungen gelten nicht schlechthin als übergegangen, sondern nur den Schuldnern gegenüber. Das Verhältnis zwischen Besteller und Niessbraucher wird daher durch diese Bestimmung nicht tangiert.[27] Den Schuldern gegenüber treten allerdings

10, 17 bis 21. Unrichtig ist es, wenn Strauss a. a. O. S. 78 bemerkt, dass seitens der Parteien nur die persönliche Haftung des Niessbrauchers, nicht aber die Haftung mit dem übernommenen Vermögen ausgeschlossen werden kann. Wie Strauss, so Hellwig: Verträge S. 4 A. ff.

[25]) Staub a. a. O. §. 25 A. 9.

[26]) Dies nehmen Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897 (1898 fg) I S. 117 an.

[27]) Staub a. a. O. § 25 A. 15.

die Wirkungen ein, als sei eine gesetzliche Cession erfolgt. Sie sind folglich berechtigt und verpflichtet, lediglich den Niessbraucher als Gläubiger anzusehen, können an ihn zahlen und dürfen an den Besteller nicht zahlen, falls der Niessbraucher ihnen nachweist, dass er das unter Lebenden erworbene Geschäft mit Einwilligung des Bestellers unter der bisherigen Firma fortführt. Es ist wohl zu beachten, dass in der Fortführung der Firma allein eine genügende Denuntiation der Forderung nicht liegt. Solange der Schuldner nicht das Vorhandensein aller Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 S, 2 in Verbindung mit S. 1 kennt, kann er ohne Gefahr an den Besteller zahlen. Ist jedoch der Firmenübergang auf den Niessbraucher in das Handelsregister eingetragen, so ist in dieser Eintragung, die jeder Dritte, wenn nicht besondere Umstände seine Unkenntnis entschuldigen, kennen muss (HGB. § 15 Abs. 2), die Anzeige von dem Übergang der Forderung zu sehen. Denn da die Eintragung des neuen Firmeninhabers seitens des Registerrichters erst nach erfolgter Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers vorgenommen werden darf, so wird durch die Eintragung der Beweis für die erteilte Einwilligung geliefert. Diese infolge der Eintragung anzunehmende Einwillungserklärung ist die Legitimation des neuen Gläubigers; sie ersetzt die schriftliche Denuntiation der §§ 409 und 410 BGB. Infolge der Bestimmung des § 25 Abs. 1 S. 2. HGB. tritt nach aussenhin eine weitergehende Wirkung ein, als nach BGB. 1074 der Fall wäre, es sei denn, dass eine abweichende Vereinbarung in das Handelsregister

eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Besteller oder dem Niessbraucher dem Schuldner mitgeteilt ist.[28] Wird das Geschäft, aber nicht die Firma fortgeführt, so wird weder ein direktes Verhältnis zwischen Geschäftsgläubigern und Niessbraucher noch ein solches zwischen Geschäftsschuldnern und Niessbraucher hergestellt. Eine Haftung des Niessbrauchers für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten tritt indessen dann ein, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Niessbraucher bekannt gemacht ist (HGB. § 25 Abs. 3). Durch letztere Bestimmung hat das Gesetz dem in langer Praxis entwickelten Satze Ausdruck verliehen, dass in einer solchen Bekanntmachung das öffentliche einseitige, darum von der Vereinbarung der Schuldübernahme unabhängige Versprechen des Erwerbers liegt, den Gläubigern haften zu wollen, auf Grund dessen die Gläubiger auch ohne Annahme gegen den Erwerber vorgehen können.[29] Die handelsübliche

[28]) Vergl. bezüglich des § 25 Abs. 1 S. 2 HGB. K. Lehmann a. a. O. § 25 Nr. 12 und Staub a. a. O. § 25 A. 12 bis 16.

[29]) K. Lehmann a. a. O. § 25 Nr. 10 S. 94; ROHG. I Nr. 18, XXI S. 233 »ein selbständig wirksamer, von der Acceptation der Geschäftsgläubiger unabhängiger, obligatorischer Dispositionsakt des Übernehmers«. A. M. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 403: »Zwar bedingt hier eine Willensäusserung des Erwerbers seinen Eintritt in die Schulden, aber die geforderte handelsübliche Bekanntmachung hat nicht die Bedeutung, dass« er durch sie (als eine »streng einseitige Erklärung«) seinen Eintritt in die Schulden vollzieht (so Cosack a. a. O. S. 71), sie ist kein rechtsgeschäftlicher einseitiger

Bekanntmachung kann erfolgen durch Anschlag an der Börse, Versendung von Cirkularen, Inserirung in Zeitungen, Erklärung zum Handelsregister[30], Veröffentlichung der Bilanz unter Ansetzung der Schulden des früheren Inhabers.[31] Von der handelsüblichen Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten abgesehen, kommen als besondere Verpflichtungsgründe noch die Schuldübernahme (BGB. 414, 415), die Bürgschaft und der Vertrag zu Gunsten Dritter in Frage. Die Haftung des Niessbrauchers ist in den Fällen des § 25 HGB. eine persönliche und unbeschränkte.

Wird endlich das Handelsgeschäft auf Grund eines Vermächtnisses von dem Niessbraucher erworben, so dürfte sich wohl für diesen Fall der § 25 HGB. zur analogen Anwendung eignen. Es sind demnach die obigen Grundsätze auf diesen Fall entsprechend anzuwenden.[32]

Schuldeintritt einen solchen anzunehmen, widerspricht den Gesetzen der Logik ebenso, wie den allgemeinen Grundprincipien unseres neuen Privatrechts; vielmehr bildet die Bekanntmachung lediglich die Ergänzung des Tatbestandes (Erwerb des Geschäftes), an welchen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien die Schuldenhaftung geradeso anknüpft, wie in dem Falle, dass die Firma von dem Erwerber fortgeführt wird«.

[30]) RGE. VIII S. 66, XVII S. 98 fg u. die dort Citirten.

[31]) Vergl. Deutsche Juristenzeitung 1896 S 57.

[32]) Staub a. a. O. § 27 A. 32; Strauss a. a. O. S. 78.